



Le directeur financier

Noëllie Mattiacci

► To cite this version:

Noëllie Mattiacci. Le directeur financier. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD044 . tel-01346719

HAL Id: tel-01346719

<https://theses.hal.science/tel-01346719>

Submitted on 19 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale Droit et science
politique (ED 461)

Et du centre du droit de l'entreprise (EA 712)

Spécialité : **Droit privé et sciences criminelles**

Présentée par **Noëllie MATTIACCI**

LE DIRECTEUR FINANCIER

Soutenue le lundi 14 décembre 2015 devant le jury composé de

Monsieur **Julien THERON**

Rapporteur

Professeur à l'université de Toulouse

Monsieur **Nicolas ERESEO**

Rapporteur

Maître de conférences à l'université de
Strasbourg

Monsieur **Adrien TEHRANI**

Membre du jury

Maître de conférences à l'université de
Montpellier

Monsieur **Nicolas FERRIER**

Directeur de thèse

Professeur à l'université de Montpellier



« La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

A mon père,

Mes premiers remerciements s'adressent au professeur Nicolas Ferrier pour m'avoir donné la chance de poursuivre sur cette voie, pour sa patience, sa gentillesse et sa grande disponibilité. Merci de m'avoir fait découvrir le droit des affaires que j'affectionne particulièrement.

Je tiens à remercier ensuite tous les membres du jury, le professeur Julien Théron, le professeur Nicolas Eréséo et le professeur Adrien Téhrani pour avoir accepté de lire ces pages et de participer à la soutenance de cette thèse.

Je souhaite enfin adresser mes remerciements particuliers à mes proches et tout d'abord à ma famille. A mon mari Nicolas car sans son soutien indéfectible ce travail n'aurait pas été possible.

A mon oncle Jean-Marc, à ma tante Maryline, ainsi qu'à ma mère pour leur encouragement, leur aide ainsi que leur soutien. A mon frère, pour son soutien et son écoute. A ma meilleure amie Aurélie pour son soutien depuis toujours. A Mathilde pour son précieux soutien.

Un grand merci à mes amis : Camille, Delphine, Hugo, Maureen, Mélanie, Roxanne et Romain. Un merci particulier à Roxanne pour sa présence dans les bons comme les mauvais moments et pour ses encouragements toujours bienveillants, et Hugo pour son aide précieuse.

Liste des abréviations

Al.	Alinéa	Ibid	Mêmes références
Art.	Article	JCP	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
Ass.	Assemblée	JCP éd. E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
Ass. Plén.	Assemblée plénière	JCP éd. N	Juris-classeur périodique, édition notariale
BRDA	Bulletin rapide des affaires	JO	Journal officiel de la République française
Bull. Civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation	J.O.C.E	Journal officiel des Communautés Européennes
Bull.Crim	Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation	LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
CA	Cour d'appel	LPA	Les petites affiches
Cah. dr. etr.	Cahiers du Droit de l'entreprise	n°	Numéro
Ch. mixte	Chambre mixte	p.	Page
Chron.	Chronique	PUF	Presses Universitaires de France
Civ. 1^{ère}	Première Chambre civile de la Cour de cassation	RDC	Revue des contrats
Civ. 2^e	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation	Rép. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Civ. 3^e	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation	Rev.dr.compt	Revue de Droit Comptable
C.N.C	Conseil National de la Comptabilité	Rev.soc	Revue des Sociétés
C.N.C.C	Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes	RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Coll.	Collection	RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
D.	Recueil Dalloz	RTC Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
D. affaires	Dalloz affaires	s.	Suivant(e)s
Dr. et patrimoine	Revue « Droit et patrimoine »	somm.	Sommaire
éd.	Édition	Supra	Ci-dessus
Gaz. Pal.	Gazette du Palais	t.	Tome
Gaz.Pal., J	Gazette du Palais, Jurisprudence	TGI	Tribunal de grande instance
I.A.S.C	International Accounting Standar Committee.	V.	Voir
Infra	Ci-dessous	Vol.	Volume

Sommaire

<u>INTRODUCTION</u>	13
<u>PARTIE I L'IDENTIFICATION DES FONCTIONS DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	25
<u>TITRE I LES FONCTIONS TRADITIONNELLES DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	27
<i>Chapitre I L'obligation de production</i>	29
<i>Chapitre II L'obligation de contrôle</i>	69
<u>TITRE II LES FONCTIONS MODERNES DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	93
<i>Chapitre I La modernisation des obligations de production</i>	95
<i>Conclusion du 1^{er} chapitre</i>	149
<i>Chapitre II La modernisation des obligations de contrôle</i>	151
<u>PARTIE II LES MODALITES D'EXECUTION</u>	181
<u>TITRE I LE CONTRAT DE TRAVAIL : UN CONTRAT ADAPTE AUX FONCTIONS DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	183
<i>Chapitre I L'aménagement du contrat de travail</i>	185
<i>Chapitre II les pouvoirs du directeur financier</i>	241
<u>TITRE II LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	275
<i>Chapitre I Le domaine de la responsabilité</i>	277
<i>Chapitre II : La mise œuvre de la responsabilité</i>	299
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	355
<u>INDEX ALPHABETIQUE</u>	381
<u>TABLE DES MATIERES</u>	383

Introduction

1. – Le directeur financier occupe une place primordiale au sein de l'entreprise. Garant de l'information financière, il assure aux côtés du dirigeant, la pérennité ainsi que la croissance de l'entreprise. Son actuelle position hiérarchique est le fruit d'une évolution progressive de ses fonctions.

2. – Au départ, le directeur financier exerce des fonctions similaires à celle d'un comptable. Il est le garant de l'intégrité des comptes ainsi que du respect des contraintes légales et fiscales. Ces obligations constituent les fondements de la comptabilité.

La comptabilité est une science aussi ancienne que les civilisations humaines, puisqu'elle était en effet connue des civilisations inca, romaine, égyptienne¹. Les bases de la comptabilité actuelle sont apparues au Moyen Age. Les commerçants et les entrepreneurs utilisaient dans un premier temps la technique antique de la comptabilité simple. Puis, ils ont adopté une comptabilité en partie double, apparue à Gênes vers 1340, avant d'être largement diffusée dès 1494 par le traité élaboré par Lucas Pacioli, intitulé *Summa de arithmetica, geometrica, proportioni et proportionalita*². Selon ce traité, tout commerçant ou entrepreneur devait alors tenir un livre journal, permettant de suivre l'activité de l'entreprise et l'intensité de ses échanges avec ses partenaires commerciaux et financiers³. Cette obligation de tenir une comptabilité s'est imposée en France par l'ordonnance de Colbert en 1673, qui exigeait des commerçants la tenue de livres comptables, comprenant le livre-journal, le grand livre, la balance et un état de trésorerie indiquant le niveau de profit réalisé⁴.

Depuis plusieurs années, la comptabilité s'est modernisée. Son objectif n'est plus

¹ E., Cruvelier, Rep.Com, v° Comptabilité.

² *Idem*.

³ E., Genaivre, *Initiation à l'analyse financière*, éd.Publibook, 2007, p11.

⁴ *Idem*.

limité à une élaboration de l'information financière, elle doit fournir les moyens d'exploiter cette information comptable afin de fournir à l'organe dirigeant les informations nécessaires à la définition de la politique financière. La comptabilité est devenue une technique nouvelle qui tend à perfectionner l'aménagement ainsi que le rendement des entreprises en faisant reposer leur organisation sur des procédés confirmés par le raisonnement et l'expérience⁵.

La comptabilité est aujourd'hui définie au sein du plan comptable général comme : « *un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, de classer, d'enregistrer des données de base chiffrées, et de présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de la clôture* »⁶. Selon cette définition, l'enregistrement de l'information comptable permet d'effectuer des comparaisons périodiques et d'apprécier l'évolution de l'entité dans une perspective de continuité d'activité.

3. – Initialement, cette obligation d'élaboration de l'information comptable est exercée par l'organe dirigeant. Il est celui qui assure la gestion générale de l'entreprise. Il est l'unique titulaire d'une autorité hiérarchique que l'on peut définir comme un pouvoir de direction. A ce titre, le professeur Perroux précise : « *dans n'importe quel type d'organisation, le chef d'une unité de production a pour première et inaliénable caractéristique de ne pas être un travailleur comme les autres, il exerce une autorité ; il use rationnellement de la contrainte pour rendre compatibles entre eux et compatibles avec le but poursuivi par l'unité de production les plans des agents travailleurs ou capitalistes qui interviennent à l'œuvre de la production. Cette fonction n'est jamais celle de la main d'œuvre* »⁷.

Cette autorité du chef d'entreprise se traduit par un pouvoir de gestion ou de direction et par la charge des responsabilités de l'entreprise. Il assume seul les risques pris dans l'entreprise.

4. – Face à la multiplicité des dispositions légales ainsi que des techniques de production, l'entrepreneur ne peut plus en pratique exercer seul les pouvoirs dans les grandes entreprises. Des fonctions diverses et spécialisées doivent être créées. Deux principaux facteurs sont à l'origine de ce phénomène.

⁵ J. Hamel, G. Lagarde et A. Joffret, *Traité de droit commercial*, T.1, 1^{er} octobre 1980, pts.238.

⁶ Art 120-1 du plan comptable général.

⁷ Cité in J.Paillusseau, *La société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise* éd. Sirey, 1967, p.91

Le premier facteur résulte de la concentration des entreprises⁸. Le passage d'une économie concurrentielle à une économie oligopolistique, exige une adaptation des entreprises aux conditions imposées par un système de production de masse. Les structures des entreprises sont alors aménagées afin de permettre une rationalisation plus efficace des systèmes de production et de distribution⁹. L'exigence de planifier et de coordonner des activités diverses conduit à l'instauration d'unités de contrôle chargées de coordonner des activités et de rendre compatibles entre eux les plans des unités de décision dans le cadre d'un ensemble économique hétérogène¹⁰.

Le deuxième facteur résulte de l'évolution de la technique comptable. A l'origine la comptabilité avait pour objectif de démontrer le plus fidèlement et servilement les réalités juridiques¹¹. A ce titre, la comptabilité a été qualifiée « d'algèbre du droit »¹², elle était simplement l'expression chiffrée du droit civil et commercial¹³. Puis, le législateur est revenu sur cette conception stricte de la comptabilité et il a préconisé de s'attacher à la réalité économique, c'est notamment le cas du principe « substance over the form » défini, « comme une technique permettant de faire primer la réalité économique sur l'apparence juridique »¹⁴. L'évolution de cette technique a supposé une maîtrise des règles comptables et financières que seul un expert hautement qualifié est à même de maîtriser.

5. – La création de ces fonctions spécialisées a supposé une décomposition des fonctions de l'entrepreneur¹⁵. Certains auteurs ont affirmé que le pouvoir patronal « de droit divin, omniscient et omnipotent, est devenu un pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestion fondées sur l'autorité des experts qui les conçoivent ou les mettent en

⁸ J. Paillusseau, *La société anonyme ; Technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Sirey, 1967, p.115. « La concentration est caractérisée par l'existence d'une volonté dominante qui s'impose et réduit ou aliène la volonté et la liberté des autres entreprises. La concentration peut être définie comme l'opération par laquelle une entreprise établit sa domination sur d'autres entreprises ». p.115.

⁹ *Ibidem*, p.128

¹⁰ *Ibid*, p.140

¹¹ C. Lauzainghein, J-L, Navarro, D. Nechelis, *Droit comptable*, éd. Dalloz, 2004, pts.5.

¹² P. Garnier, *La comptabilité, algèbre du droit et méthode d'observation des faits économiques*, éd. Dunod, 1947, p.5.

¹³ F. Windsor, D. Ledouble, *Existe-t-il un droit comptable ?*, Cah.dr.ent., 1977, IV, p.1 et suiv.

¹⁴ C. Lauzainghein, J-L, Navarro, D. Nechelis, *Droit comptable*, éd. Dalloz, 2004, pts.3765.

¹⁵ J. Paillusseau, *op.cit.*, p.93.

œuvre »¹⁶. La centralisation a donc fait place à une distribution verticale, chaque « collaborateur » de l'entreprise se voyant reconnaître une sphère d'initiative et de responsabilité. Ainsi, les organes dirigeants vont collaborer avec des techniciens spécialisés¹⁷ également dénommés directions techniques.

6. – L'expression « *directeur technique* » résulte de l'organisation instaurée au sein des sociétés anonymes à partir de XIX^{ème} siècle. Les premiers directeurs techniques ont été les ingénieurs. Malgré le développement de la présence des directeurs techniques dans l'entreprise, le législateur n'a pas élaboré un encadrement légal, par conséquent, la doctrine a continué d'octroyer le qualificatif de technique à des salariés qui ont une place hiérarchique élevée proche de la direction et qui ne sont plus rattachés à la production¹⁸. Selon le sens juridique du terme, cette direction recouvre un grand nombre de situations qui se décline en autant de fonctions salariées spécifiques. Dans une société, le terme de directeur technique s'applique au secrétaire général, au directeur des ressources humaines, au directeur des achats, au directeur commercial et notamment au directeur financier.

Au regard de ces développements, le directeur financier est un directeur technique qui élabore l'information financière et contrôle sa conformité aux dispositions légales. Il exploite également les documents comptables afin de communiquer à l'organe dirigeant une information indispensable à la définition de la politique financière. Le directeur financier exécute un rôle traditionnel qui se rapproche de celui d'un comptable. Il ne participe pas à la définition de la stratégie de l'entreprise.

Le directeur financier est donc un salarié intégré dans une organisation hiérarchique de l'entreprise qui a pour obligation principale la gestion financière de l'entreprise.

7. – Au-delà de ce rôle traditionnel, les fonctions du directeur financier, notamment au sein des sociétés de grande envergure, ont évolué vers des fonctions stratégiques.

Cette évolution est la conséquence de l'implication primordiale de l'information financière au sein de la stratégie de l'entreprise. Lors de la création des marchés financiers,

¹⁶ Voir, M. Power « The Audit Society. Rituals of Verification », Oxford University Press, 1997, p.183.

¹⁷ J. Paillusseau, *op.cit.*, p.88.

¹⁸ R. Routier, Rep.soc. v° Directeur général délégué.

l'information financière est devenue essentielle pour le maintien et le développement de l'entreprise. L'objectif des marchés financiers est de permettre une allocation équitable des ressources entre les différents acteurs¹⁹. Il est alors indispensable que le cours des titres financiers donne à chaque instant la meilleure évaluation possible de l'émetteur²⁰. Cette évaluation n'existe que si l'information financière divulguée par l'émetteur met à disposition tous les renseignements exigés par la loi. L'efficacité des marchés financiers se mesure alors à l'aune de la qualité ainsi que de la disponibilité de l'information sur ces instruments financiers²¹.

Afin de maintenir la confiance des investisseurs, l'information doit respecter certaines conditions de rapidité et de qualité lors de sa diffusion²². Pour ce faire, le législateur a eu recours au principe de la transparence²³. Bien que ce terme soit utilisé par les divers textes légaux nationaux et internationaux, aucune définition légale n'a été élaborée. Selon une définition générale, la transparence est la qualité qui laisse apparaître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer²⁴. Suite aux différents scandales financiers, la Commission européenne rappelle dans le Plan d'action pour les services financiers élaboré en 1999 qu'il convient « de rendre confiance » aux investisseurs par des « informations fiables » avant tout financières²⁵. La notion de transparence se conçoit alors comme une qualité indispensable de l'information financière afin d'assurer l'efficacité des marchés et la confiance des investisseurs. Sur le fondement d'une information toujours plus transparente, le nombre des informations, ainsi que leur volume et les critères relatifs à la qualité de l'information financière n'ont eu de cesse de se développer. Au départ réservée aux seuls actionnaires, elle doit maintenant être adressée au « plus large public possible en France et dans les autres Etats membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen²⁶ » c'est-à-dire à l'ensemble des investisseurs potentiels. Afin

¹⁹ J- C, Vidal, P. Muret, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts.17

²⁰ *Ibid*, pts.3

²¹ *Ibid*, pts.3

²² *Ibid*, pts.5.

²³ *Idem*.

²⁴ Dictionnaire le Robert, v° Transparence.

²⁵ M. Luby, « *Droit communautaire des sociétés en 2004 : cap sur la transparence* », Revue de droit des sociétés, n°5, 2005.7

²⁶ Art. 221-4, I, 1° du Règlement général.

d'assurer ce principe de transparence de nombreux textes légaux ont vu le jour. Ces dispositions sont d'origine européenne. Il s'agit notamment du traité de Rome du 25 mars 1957 qui a rendu obligatoire l'adoption de normes de présentation communes des documents comptables et a imposé le concept de l'image fidèle, des normes IAS-IFRS ainsi que les diverses directives européennes dont l'objectif était d'améliorer les règles d'élaboration de la procédure d'analyse financière et la transparence exigée par les communications de l'information financière. Au niveau national, l'adoption du plan comptable général ainsi que la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 ont notamment permis de renforcer le contrôle des comptes et la transparence de l'entreprise²⁷.

L'évolution des critères, du contenu et du volume de l'information a eu un impact sur la fonction du directeur financier. Garant de l'information financière, il a dû adapter celle-ci aux nouvelles exigences. De même, ses fonctions ont évolué au-delà de la production de l'information. Il participe aux côtés du dirigeant à la définition de la communication financière consistant à effectuer un arbitrage entre la volonté de l'entreprise de produire une information fiable et le fait de préserver certaines informations permettant de préserver la pérennité de l'entreprise. Sa connaissance financière de l'entreprise lui permet d'expliquer les choix stratégiques, de les justifier et de convaincre les investisseurs de leurs pertinences. Le directeur financier devient alors acteur de la communication financière. L'existence de ces nouvelles fonctions a été constatée lors des divers scandales financiers notamment au sein de la société Worldcom. L'ex-directeur a été qualifié « d'architecte central ²⁸ » de la communication et des malversations comptables estimées à 11 milliards de dollars. La principale irrégularité a consisté à la comptabilisation de charges courantes comme des investissements ce qui permettait à la société de les amortir sur plusieurs années. Le directeur financier fut condamné, le 11 août 2005 à 5 ans d'emprisonnement. Egalement, au sein, de la société Enron, le directeur financier acteur de la communication avait transmis aux partenaires de la société une information trompeuse. Pour ce faire, il avait orchestré la dissimulation des pertes de la société, par la création de plusieurs sociétés financières²⁹. En France, les magistrats ont reproché au directeur financier ainsi qu'au dirigeant de la société Vivendi Universal d'avoir communiqué une information volontairement trompeuse destinée à masquer

²⁷ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, publiée au JO n°177 du 2 août 2003.

²⁸ Le monde.fr, « L'ancien directeur financier de Worldcom à 5 ans de prison », 11 août 2005.

²⁹ A-S. Chassany, J-P. Lacour, *Enron la faillite qui ébranla l'Amérique*, éd. Broché, 2003, p.9 et 10.

l'endettement réel de la société.

Ces exemples de condamnation du directeur financier révèlent l'évolution de ses fonctions traditionnelles de garant de comptes vers des fonctions stratégiques proches de celles d'un organe dirigeant.

8. – L'évolution du rôle du directeur financier au sein de l'entreprise est également, la conséquence des nombreuses crises financières et notamment de la récente crise de 2008, liée au subprimes. Affectées, d'une part par une récession économique et, d'autre part, par un éventuel resserrement du « crédit crunch », les entreprises ont été amenées à revoir leur gestion financière³⁰. Une étude menée en 2010 après de 1050 directeurs financiers dans 39 pays³¹ a révélé qu'en plus du recul des crédits attribués par les banques aux entreprises, ces dernières ont revu à la baisse leurs prévisions de revenus et donc leurs investissements, 81 % des entreprises ont connu des difficultés d'accès au crédit, et 13 % ont dû diminuer leurs lignes de crédit volontairement. Cet obstacle au financement a conduit le directeur financier à occuper une place essentielle au sein des décisions stratégiques de l'entreprise. Sa maîtrise des techniques financières telles que l'autofinancement, le free cash-flow ou les indicateurs bilanciers lui ont permis de trouver des alternative au mode de financement classique.

De même, ces diverses crises financières ont révélé l'exigence pour les sociétés de gérer les risques qui peuvent porter atteinte à leur pérennité ainsi qu'à leur développement. Ce contexte d'insécurité économique, a conduit le directeur financier à occuper une place primordiale dans la gestion des risques afin d'anticiper les changements et réagir rapidement aux modifications brutales de l'environnement social et économique de l'entreprise³².

9. – Par conséquent, pour faire face à ces évolutions, le périmètre des fonctions du directeur financier a dû s'élargir. L'élargissement de son périmètre d'action est justifié par le positionnement idéal qu'il occupe dans l'entreprise. En tant, que directeur des finances de l'entreprise, il a à la fois, une vision d'ensemble des performances de l'entreprise et une connaissance approfondie des domaines créant de la valeur. A ce titre, un directeur financier énonce « *les personnes les mieux placées pour aider à donner forme à la stratégie de*

³⁰ Sous la direction de Catherine Karyotis, *La crise en 40 concepts clés*, éd.2010, n°97.

³¹ M. Campello, J. Graham, R. Harvey, « The Real Effects of Financial Constraints : Evidence from a Financial Crisis », *Journal of Financial Economics*, éd.2010, n°97.

³² D. Bacqueroët, « Le directeur financier, acteur de la transformation de l'entreprise », *Option finance*, n°1141, p.8.

l'entreprise sont celles qui occupent des fonctions dans le domaine financier interface unique avec la quasi-totalité des autres aspects de l'entreprise »³³.

Le directeur financier n'a plus pour seul objectif d'élaborer les comptes. Certes, la garantie des comptes conformes aux dispositions légales reste une priorité pour le directeur financier. Sa fonction ne pourra évoluer que si ses fonctions traditionnelles sont parfaitement maîtrisées³⁴. Toutefois son rôle ne se résume plus seulement à celui de garant des comptes, il est devenu un acteur primordial dans la gestion de l'entreprise³⁵. Il est un véritable partenaire de la direction générale. Il intervient lors de la définition de la politique de l'entreprise.

Les directeurs financiers interrogés par une enquête effectuée par le cabinet Ernst & Young ont défini leur rôle de développement de la stratégie comme un moteur du processus de mise en pratique de la vision fixée par l'organe dirigeant³⁶. Le directeur financier aide l'organe dirigeant à prendre des décisions financières pertinentes et à accorder sa priorité à l'affectation du budget et à la réduction des coûts. Il joue un rôle à part entière dans la formulation de la stratégie en l'évaluant, la contrôlant à la lumière des risques, des investissements, des rendements et du contexte concurrentiel³⁷. Il faut préciser que la nature de la contribution stratégique du directeur financier varie grandement d'une entreprise à l'autre, allant du développement de la stratégie à sa seule mise en œuvre³⁸.

Compte tenu de ces évolutions, le directeur financier devient un salarié cadre-dirigeant, intégré dans une organisation hiérarchique, qui demeure le garant de la fiabilité des comptes, mais dont les fonctions ont évolué vers celles d'un organe dirigeant.

Les directeurs financiers ont donc largement transcendé leur rôle traditionnel de publication des comptes et de gestion des processus financiers pour devenir des partenaires

³³ A. Halford, Directeur financier de Vodafone cité in Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.3.

³⁴ DFCG, Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion, « Le directeur financier supporter ou leader de la transformation », Capgemini Consulting, p.5.

³⁵ Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.2.

³⁶ Etude réalisée par le cabinet E&Y, *Ibid.* p.4.

³⁷ C. Raggett, Russell Reynolds Associates, cité dans Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.4.

³⁸ Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.5

stratégiques incontournables³⁹.

10. – Au regard de ces différents constats, l'étude sur le statut juridique du directeur financier s'imposait. Alors que le directeur financier occupe une place prépondérante aux côtés de l'organe dirigeant aucune analyse n'a été menée sur la détermination d'un régime juridique commun à l'ensemble des directeurs financiers.

11. – Certes, le rôle du directeur financier n'est pas inconnu. Il a été envisagé au travers d'ouvrages concernant la mise en œuvre technique de la gestion financière. Mais bien que ces ouvrages décrivent la technique financière exercée par le directeur financier, ils ne définissent pas un statut juridique commun aux directeurs financiers. Cette fonction a été également envisagée indirectement au travers du droit comptable. Le droit comptable est une discipline relativement récente. Elle consiste à établir « un ensemble de dispositions légales et réglementaires qui conditionnent la technique comptable »⁴⁰. L'application de ces diverses règles comptables a pour objectif d'harmoniser les règles comptables pour l'ensemble des professionnels du chiffre. Cette expression de professionnel du chiffre est générique, elle permet de regrouper l'ensemble des professionnels qui ont pour obligation l'établissement et le contrôle des comptes. Cette qualification s'adresse aux comptables, aux experts-comptables, aux commissaires aux comptes, aux directeurs financiers et plus généralement à l'ensemble des professionnels exerçant des obligations comptables. Malgré une volonté d'harmonisation de la profession comptable, cette classification ne suffit pas créer un corps homogène et à dégager un statut spécifique du directeur financier.

12. – Cette absence d'intérêt pour le statut du directeur financier résulte de la proximité de la fonction de directeur financier avec les autres professionnels du chiffre et notamment avec les experts-comptables. Au départ, l'exercice de la fonction du directeur financier ne se distinguait pas des autres professionnels comptables et son rôle au sein de l'entreprise n'était pas primordial. Le directeur financier au même titre que l'expert-comptable enregistrait, élaborait et contrôlait l'information financière. Il accomplissait des fonctions techniques au service de la direction générale. Il n'avait aucun pouvoir décisionnel.

³⁹ DFCG, Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion, « Le directeur financier supporter ou leader de la transformation », Capgemini Consulting, p.5.

⁴⁰ P., Lassègue, « Esquisse d'une épistémologie de la comptabilité », Rev.d'éco.po., 1982, p.321.

L'évolution de son rôle vers une position primordiale au sein de la société aurait dû susciter un intérêt auprès du législateur. Pourtant, la diversité des fonctions exercées par le directeur financier a constitué un obstacle à la recherche d'un statut juridique commun. L'exercice de fonctions transversales et diverses a contribué à créer une confusion relative au rôle essentiel qu'il occupe au sein de l'entreprise. Son implication au sein des décisions stratégiques, son statut hybride de directeur-salarié ainsi que la recherche de sa responsabilité aux côtés de l'organe dirigeant suscitent alors des interrogations concernant ses fonctions exercées au sein de l'entreprise : la spécificité de la fonction du directeur financier est-elle suffisante afin de créer un statut commun à tous les directeurs financier ? Quelles sont les obligations essentielles qui définissent la fonction ? Quelles sont les conséquences de la nature de sa fonction sur sa responsabilité et ses modalités d'exécution ?

13. – Compte tenu de l'importance de ses fonctions au sein de l'entreprise, la détermination d'un statut juridique du directeur financier est devenue une nécessité pour la sécurité financière de l'entreprise. Ses obligations doivent être déterminées afin de connaître précisément ses fonctions. Plus important, son comportement doit être encadré par des obligations spécifiques, adaptées à la nature de sa fonction.

L'exigence de l'établissement d'un statut juridique se justifie également pour les directeurs financiers. L'établissement d'un corps de règles au même titre que celles établies pour les commissaires aux comptes et les experts-comptables permettrait de protéger la fonction de directeur financier. Cela garantirait l'intégrité ainsi que l'objectivité de sa fonction.

14. – Notre étude n'a pas pour objet de créer un régime juridique du directeur financier mais de constater la fonction du directeur financier telle qu'elle est exercée au sein des entreprises. L'objectif est de clarifier la fonction afin de déterminer un statut commun à l'ensemble des directeurs financiers. Le terme « statut » suppose une définition légale à laquelle on rattache un régime juridique. En ce sens, il semble inadapté à notre étude car il n'existe aucune définition juridique concernant le directeur financier. Toutefois, par commodité, nous avons choisi d'utiliser ce terme afin de dégager un régime juridique du directeur financier.

15. – La recherche de la spécificité de la fonction du directeur financier suppose d'analyser ses obligations, celles que l'on peut qualifier d'essentielles à la fonction du directeur financier. Ces obligations définissent l'essence de la fonction du directeur financier

en l'absence desquelles il n'existerait pas ou il devrait être qualifié autrement. L'identification de ces obligations essentielles suppose de s'attacher aux faits c'est-à-dire à l'exécution de la fonction au sein de l'entreprise. C'est grâce à une analyse inductive de la jurisprudence, que la fonction se révèle. Il s'agira ainsi d'analyser les diverses décisions qui mettent en cause la responsabilité pénale, civile, administrative pour dégager un statut juridique du directeur financier. La recherche de la responsabilité du directeur financier, exige en effet des magistrats, une analyse, en amont, des obligations exercées par le directeur financier au sein de l'entreprise. L'étude de ces décisions nous permettra alors de dégager les obligations essentielles de la fonction, les obligations qui découlent de la nature de sa fonction et celles accidentelles qui sont étrangères à la fonction du directeur financier.

Pour constituer une fonction spécifique propre au directeur financier, ces obligations essentielles devront être distinctes de celles des autres professionnels du chiffre, de sorte, qu'aucune confusion ne soit possible. La difficulté réside dans la similitude de certaines obligations du directeur financier avec celles d'autres professionnels. Le directeur financier exerce des obligations qui sont similaires à celles d'un expert-comptable, d'un contrôleur de gestion, d'un commissaire aux comptes ou encore, celles d'un analyste financier. Notre réflexion aura alors pour objet de constater les critères qui permettront de distinguer la fonction du directeur financier de celle des autres professionnels du chiffre.

16. – La démarche consiste ensuite à analyser l'exécution de la fonction du directeur financier. Cette étude dynamique permet de compléter l'analyse statique précédemment effectuée. La détermination des conditions d'exécution de sa fonction répond à certaines questions concernant sa qualification, que l'identification de ses fonctions n'a pas suffi à dégager. Cette démarche dynamique permettra également de constater comment les obligations du directeur financier vont être sanctionnées. Ce constat est d'autant plus intéressant que la responsabilité du directeur financier est de plus en plus souvent mise en cause.

17. – A partir de l'observation de la réalité, l'utilisation d'une méthode inductive nous a permis de formuler des hypothèses et ainsi de faire émerger un statut juridique du directeur financier⁴¹. Grâce à cette méthode, nous avons défini l'essence de sa fonction, les obligations sans lesquelles il ne pourrait être qualifié de directeur financier. Cette analyse

⁴¹ J.Chevalier, *Science administrative*, PUF, Thémis, 3^{ème} ed.2002, p.54

s'est révélée d'autant plus intéressante que ses obligations ont évolué. Le rôle du directeur financier n'est plus limité à celui de garant des comptes. Il est devenu un partenaire stratégique incontournable de l'organe dirigeant (**Partie I**).

Cette analyse statique de la fonction du directeur financier doit être complétée par une approche dynamique des conditions d'exécution de sa fonction (**Partie II**). Cette double approche est nécessaire afin d'obtenir une identification complète du directeur financier.

Partie I

L'identification des fonctions du directeur financier

18. – Suites aux divers scandales financiers portant sur des faits de manipulation comptable, les fonctions financières traditionnelles du directeur financier ont évolué vers des fonctions stratégiques. « L'image d'Épinal du directeur financier responsable des comptes, s'est muée en conseiller stratégique »⁴². Sa mission va au-delà de la transmission d'information et de la production de compte ; sa compréhension des enjeux du marché et sa faculté d'analyse lui confèrent un rôle prépondérant lors de l'élaboration des décisions stratégiques.

Toutefois, malgré une modernisation des fonctions du directeur financier (**Titre II**), les fonctions financières traditionnelles demeurent les fonctions essentielles du directeur financier (**Titre I**).

⁴² Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.3.

Titre I Les fonctions traditionnelles du directeur financier

19. – La détermination des fonctions financières traditionnelles du directeur financier suppose d'apprécier l'essence de sa fonction. En effet, la fonction de directeur financier est composée d'obligations essentielles. Celles que POTHIER qualifie d' « essentialia », c'est-à-dire des éléments qui sont de l'essence du contrat. D'après lui, ce sont des choses " *sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Faute de l'une ou de l'autre de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat ou c'est une autre espèce de contrat*"⁴³. Afin de déterminer les obligations qui sont essentielles pour le directeur financier, il faut partir de la notion de directeur financier.

D'après l'intitulé de sa fonction, le directeur financier exécute les fonctions financières de l'entreprise. Cela consiste à produire et à exploiter l'information comptable afin de fournir à l'organe dirigeant les informations nécessaires pour développer la stratégie de l'entreprise. Ce premier aspect traditionnel de la fonction du directeur financier est similaire à la fonction de l'expert-comptable. En effet, pareillement à un expert-comptable, le directeur financier doit dans un premier temps, enregistrer les opérations comptables afin de pouvoir établir les états financiers permettant de constater une situation financière (**Chapitre I**).

Le deuxième aspect de la fonction du directeur financier consiste à contrôler la conformité de la comptabilité aux dispositions légales. Ce contrôle est spécifique au directeur financier et le distingue des autres professionnels du chiffre (**chapitre II**).

⁴³ R.-J. Pothier, *Œuvre de Pothier, Traité des obligations*. Nouvelle édition, Dabo Jeune, Librairie, Paris, 1825, 1^{er} partie, n°6 et suivants.

Chapitre I L'obligation de production

20. –La production de l'information comptable exige de classer les informations, de déterminer le résultat global de l'entreprise et de chiffrer, à chaque fin et début d'exercice dans les comptes annuels, la situation patrimoniale de l'entreprise. L'objectif ici, est de déterminer quelles sont les obligations du directeur financier lors de la production comptable.

L'obligation de production comptable comporte deux obligations principales, le directeur financier doit, dans un premier temps élaborer l'information financière selon des critères imposés par la loi (**Section I**). Puis, dans un second temps, il doit exploiter cette information afin d'informer l'organe dirigeant pour qu'il puisse définir la politique financière de la société (**Section II**).

Section I L'élaboration de l'information

21. –La production de l'information comptable a pour objectif d'informer les tiers sur la situation financière et patrimoniale de l'entreprise. Afin de donner une image fidèle de cette situation, elle doit reposer sur des bases comprises par l'ensemble des personnes qui accéderont aux documents comptables. Le directeur financier doit produire une information comptable (**Paragraphe I**), fidèle à la situation financière de la société (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Une information comptable

22. –L'élaboration de l'information comptable suppose de traiter l'information comptable (**I**), puis de produire des documents comptables (**II**).

I) Le traitement de l'information comptable

23. –Le traitement de l'information comptable regroupe, sans objectif informatif, des données qui permettent d'élaborer les comptes annuels et de retranscrire les opérations réalisées par l'entreprise. La base de données représente donc la source principale d'information sur la réalité économique de l'entreprise. Cette réalité qui en ressort est cependant limitée car elle traduit seulement l'enregistrement des opérations, certains aspects de la réalité économique sont donc exclus. Il s'agit d'une phase préparatoire à l'élaboration des comptes.

24. –Le traitement de l'information comptable suppose de comptabiliser les pièces justificatives. Le décret du 29 novembre 1983 énonce que « *tout enregistrement comptable précise l'origine, le contenu et l'imputation de chaque donnée, ainsi que la référence de la pièce jointe qui l'appuie* »⁴⁴. Les pièces jointes dénommées pièces justificatives ont une importance conséquente au sein de la comptabilité car elles doivent permettre de vérifier les opérations de l'entreprise⁴⁵. Ces pièces justificatives se distinguent en deux catégories. La

⁴⁴ Décret n°83-1020, pris en application de la loi n°83-353 du 30 avril 1983, relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés du 29 novembre 1983, J.O. du 1^{er} déc. 1983.

⁴⁵ Art.8 du Code de commerce.

première catégorie est dénommée la pièce de base⁴⁶. Elle concerne une opération isolée. Elle peut émaner d'un tiers ou être d'origine interne. Les pièces d'origine interne se matérialisent par des factures, des bulletins de paie. Les pièces d'origine externe se matérialisent par des lettres de change, des billets à ordre, etc. Ces pièces doivent respecter certaines conditions de forme, c'est notamment le cas de la facture. Celle-ci doit, pour être valide, comporter un certain nombre de mentions définies à l'article L.441-3 du Code de commerce et de la réglementation TVA figurant à l'article L.242 nonies A de l'annexe II du Code général des Impôts.

La deuxième catégorie concerne la pièce récapitulative. Cette pièce reprend un ensemble d'opérations correspondant à une ou plusieurs écritures comptables. Ces documents sont d'origine interne, il s'agit, par exemple de listings informatiques, de comptes de grand-livre⁴⁷.

25. –Le traitement comptable consiste également à enregistrer l'opération comptable selon le système dit « en partie double ». Dans ce système, tout mouvement ou variation enregistrés dans la comptabilité sont représentés par une écriture qui établit une équivalence entre ce qui est porté au débit et ce qui est porté au crédit des comptes affectés⁴⁸. Lors de cet enregistrement, le directeur financier doit comptabiliser et évaluer l'actif et le passif du patrimoine de l'entreprise. La détermination des obligations de comptabilisation et d'évaluation nécessite de définir les notions d'actif et de passif.

La notion d'actif est définie par le plan comptable général comme : « *un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entreprise c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entreprise contrôle du fait d'évènements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* »⁴⁹. Un avis du conseil national de la comptabilité précise que sont considérées comme des actifs « *les immobilisations corporelles, incorporelles et les charges constatées d'avance* »⁵⁰. Il précise également la notion

⁴⁶ Conseil Supérieur de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés, *Comptabilité et droit pénal des affaires*, éd. Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables .1979, pts.1300.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Art. 420-1 du Plan Comptable Général.

⁴⁹ Art. 211-1 du PCG.

⁵⁰ Avis n°2004-15 le 23/06/2006, du Conseil National de la comptabilité relatif à la définition, la comptabilisation et l'évaluation de l'actif.

« *d'avantage économique futur* » comme le potentiel qu'a cet actif de contribuer directement ou indirectement, à des flux de trésorerie au bénéfice de l'entreprise.

La notion de passif est définie par l'article 212-1 du Plan Comptable Général comme « *un élément du patrimoine ayant une valeur économique négative pour l'entité c'est-à-dire une obligation de l'entité à l'égard d'un tiers dont il est probable ou certain qu'elle provoquera une sortie de ressources au bénéfice de ce tiers sans contrepartie au moins équivalente attendue de celui-ci* ».

26.—Le directeur financier doit comptabiliser et évaluer l'actif et le passif du patrimoine selon certaines conditions. Concernant les éléments d'actif, ils sont enregistrés « *lorsque leur coût ou leur valeur peuvent être évalués avec une fiabilité suffisante* »⁵¹. Concernant les éléments du passif, l'article 312-1 du Plan Comptable Général impose le respect de deux conditions cumulatives lors de la comptabilisation. Un passif est comptabilisé, « *si l'obligation existe à la date de clôture de l'exercice et s'il est probable ou certain, à la date d'établissement des comptes, qu'elle provoquera une sortie de ressources au bénéfice de ce tiers, sans contrepartie au moins équivalente attendue de celui-ci* ». L'évaluation des biens rentrant dans le patrimoine suppose de les distinguer en trois catégories⁵². Tout d'abord, les biens acquis à titre onéreux sont comptabilisés « *à leur coût d'acquisition c'est-à-dire au prix d'achat majoré des frais accessoires* »⁵³. Ensuite, les biens produits par l'entité sont comptabilisés « *à leur coût de production* ». Le coût de production d'un bien ou d'un service est égal au coût d'acquisition des matières consommées augmenté des autres coûts engagés, au cours des opérations de production, c'est-à-dire des charges directes et indirectes qui peuvent raisonnablement être rattachées à la production d'un bien ou d'un service⁵⁴. Enfin, les biens acquis à titre gratuit sont comptabilisés en les estimant à leur valeur vénale.

L'évaluation du passif du patrimoine consiste à évaluer les provisions pour risques et charges. Les provisions pour risques et charges sont évaluées avant effet d'impôt sur les bénéfices⁵⁵.

II) Les documents comptables

⁵¹ Art. 311-1 du PCG.

⁵² Art. 321-1 du PCG.

⁵³ Art. 321-2 du PCG 99 et l'article 7, 1° du décret n°83-1020 du 29 nov. 1983, *op.cit.*

⁵⁴ Art. 321-3 et art.7.2 du décret n°83-1020 du 29 nov. 1983. *op.cit.*

⁵⁵ Art. 323-4 du PCG.

27. –Le directeur financier élabore des comptes (A) et des rapports (B).

A) Les comptes

28. –Le directeur financier établit des comptes annuels classiques (1) ou consolidés (2).

1) Les comptes annuels

29. –Les comptes annuels ou états financiers forment un tout et se composent au minimum, pour toutes les entreprises du bilan, du compte de résultat et de l'annexe⁵⁶.

L'élaboration des comptes annuels incombe au conseil d'administration, pour les sociétés anonymes classiques⁵⁷, au président ou aux dirigeants désignés par les statuts pour les sociétés par actions⁵⁸, au gérant pour les sociétés commerciales⁵⁹. Les organes dirigeants peuvent déléguer cette obligation au directeur financier ou à l'expert-comptable. Les « professionnels du chiffre » vont donc être débiteurs d'une obligation d'établissement des comptes annuels. Cette obligation est limitée à l'élaboration des comptes, ils n'ont pas pour obligation de diffuser les comptes annuels au Greffe du Tribunal de commerce⁶⁰.

Ces comptes annuels constatent la situation financière de l'entreprise à la fin de l'exercice social. Cette information a un caractère rétrospectif. Elle apporte deux catégories d'informations, une information concernant la situation financière de l'entreprise et une information complémentaire. L'information concernant la situation de l'entreprise suppose pour le directeur financier de présenter le patrimoine de l'entreprise sous la forme d'un bilan⁶¹. Le bilan est l'inventaire de la situation patrimoniale d'une entreprise à la fin de l'exercice social. Il décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise et fait apparaître de

⁵⁶ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprise, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du conseil, publiée au JOUE le 26/06/2013, L.182/19, Chap.2, art.4, §1.

⁵⁷ Art. L.232-1 du Code de commerce.

⁵⁸ Art. L.227-1, al.2 du Code de commerce.

⁵⁹ Art. L.232-1 du Code de commerce.

⁶⁰ D'après l'article L232-23 du Code de commerce, les comptes annuels doivent être publiés dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels.

⁶¹ Art. L.123-12 al 3 du Code de commerce.

façon distincte les capitaux propres⁶². L'élaboration des comptes annuels suppose également pour le directeur financier de produire un compte de résultat qui présente la synthèse des produits et des charges de l'exercice. Ce document fait apparaître, par la différence entre les produits et les charges, le bénéfice ou la perte de l'exercice⁶³.

L'annexe complète et commente le bilan et le compte de résultat⁶⁴. Elle contient des informations complémentaires lorsque l'application d'une prescription comptable est insuffisante pour assurer l'obligation de fidélité des comptes. Elle a donc un rôle correcteur auquel le décret comptable ajoute qu'elle peut contenir une information spécifique : *« l'annexe doit comporter toutes les informations d'importance significative de la situation patrimoniale et financière et sur le résultat de l'entreprise »*⁶⁵.

30. –Par ailleurs, de nouvelles normes de présentation des comptes annuels sont envisagées par la directive 2013/34/UE. Elle énonce que les obligations comptables concernant la présentation du bilan, du compte de résultat et de l'annexe dépendront de la taille de l'entreprise. La directive Européenne divise les entreprises en cinq catégories, les micros entité, les petites moyennes et grandes entités et les entités d'intérêt public. Les Etats membres ont jusqu'au 20 juillet 2015 pour transposer cette directive au sein de leur droit national. Ces règles devront s'appliquer aux états financiers de l'exercice 2016⁶⁶.

Lors de l'élaboration des comptes annuels, le directeur financier doit également effectuer des déclarations auprès de l'administration fiscale au nom et pour le compte de la société. Les déclarations fiscales obligatoires dépendent de la forme sociale de la société. Ces déclarations portent principalement sur la déclaration de l'impôt sur les sociétés, la déclaration spéciale de bénéfices professionnels ainsi que sur la déclaration TVA.

2) Les comptes consolidés

⁶² Art. L.232-21 du Code du commerce.

⁶³ G. Melton, *Gestion financière*, 4ème éd. Breal, 2007, p.22

⁶⁴ Art. 123-13 al 3 du Code de commerce.

⁶⁵ Décret n°83-1020 du 29 novembre 1983, *op.cit.*, art.24.

⁶⁶ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprise, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, publiée au JOUE le 26/06/2013, L.182/19, Chap.2, art.4, §1.

31. –Selon l’article L.233-16 du Code de commerce, l’obligation d’établir des comptes consolidés existe « *dès lors qu’une société commerciale contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu’elle exerce une influence notable sur celle-ci* »⁶⁷. Les comptes consolidés permettent de donner une représentation homogène des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation.

Le directeur financier doit consolider à partir des comptes individuels des entités comprises dans le périmètre de consolidation. Il doit appliquer les méthodes de consolidation. Pour les entités sous contrôle exclusif, la méthode de consolidation est l’intégration globale c’est-à-dire l’intégration dans les comptes de l’entité consolidante des éléments des comptes des entités consolidées, après retraitement éventuel. Il doit également répartir les capitaux propres et le résultat entre les intérêts de l’entité consolidante et les intérêts des autres actionnaires ou associés dits « *intérêts minoritaires* », puis éliminer les opérations et comptes entre l’entité intégrée globalement et les autres entités consolidées⁶⁸. Suite aux opérations de consolidation, le directeur financier doit élaborer des documents de synthèse consolidés qui comprennent obligatoirement le bilan, le compte de résultat et une annexe.

B) Les rapports

32. –Le directeur financier peut être amené à établir deux rapports : le rapport semestriel (1) et le rapport de gestion (2).

1) Les rapports semestriels

33. –L’article L.232-7 du Code de commerce énonce que « *les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé établissant des comptes consolidés doivent établir et publier un rapport semestriel* ». Ce rapport commente les données chiffrées relatives au chiffre d’affaires et aux résultats de la société au cours du semestre écoulé. Il décrit son activité au cours de cette période, son évolution prévisible au

⁶⁷ Art. L.233-18 du Code de commerce, Règlement, CRC, n°99-02, relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, du 29 avr. 1999, § 1000 et 1001 : « Le périmètre de consolidation comprend, l’entreprise consolidante, c’est-à-dire celle qui contrôle, exclusivement ou conjointement d’autres entreprises ou qui exerce sur elles une influence notable ; les entreprises communes à plusieurs groupes qui exercent un contrôle conjoint ; les entreprises sur lesquelles les sociétés mères exercent une influence notable ».

⁶⁸ Dans les conditions définies aux §26, §281 et §293 de l’arrêté du 22 juin 1999 portant homologation du règlement n° 99-02 du CRC.

cours de l'exercice ainsi que les événements importants survenus au cours du semestre écoulé⁶⁹.

La recommandation du Conseil National Comptable⁷⁰ précise que ce rapport comprend : un bilan, un compte de résultat, un tableau de variation des capitaux propres, un tableau des flux de trésorerie, une annexe et le résultat par action si celui-ci est publié dans les comptes annuels⁷¹. Le directeur financier a la possibilité de résumer les comptes à condition qu'ils comportent au minimum des sous-totaux prévus par les règles applicables aux états de synthèse de l'exercice, ainsi que, les postes dont l'omission aurait pour effet de fausser la bonne compréhension des comptes résumés⁷².

2) Le rapport de gestion

34. –Le rapport de gestion est une obligation pour toutes les sociétés commerciales⁷³. Le degré des informations contenues dans le rapport de gestion varie selon la catégorie de société c'est-à-dire selon sa nature juridique, ainsi que sa taille.

L'objectif du rapport de gestion est de compléter les états financiers en fournissant des informations qualitatives et quantitatives utiles à leur compréhension. En effet, le rapport de gestion permet d'identifier et de préciser les circonstances, les transactions et les événements exceptionnels qui peuvent influencer la marche de l'entité. Ce rapport permet de donner aux

⁶⁹ Art. L.232-7, al.3 du Code de commerce.

⁷⁰ L'ordonnance n° 2009-79, créant l'Autorité des normes comptables, du 22 janvier 2009 a permis au Conseil national de la comptabilité de fusionner avec le Comité de la réglementation comptable pour former l'Autorité des normes comptables. L'ANC établit sous la forme de règlements les prescriptions comptables générales sectorielles que doivent respecter les personnes physiques ou morales soumises à l'obligation légale d'établir des documents comptables conformes aux normes de la comptabilité privée.

⁷¹ Recommandation, CNC n° 99-R-01, relatifs aux comptes intermédiaires, §6.

⁷² *Ibid.*, §4.

⁷³ Art. L.232-1 du Code de commerce.

utilisateurs les moyens d'évaluer les résultats de l'entreprise, d'estimer le potentiel de l'entité et l'intérêt qu'ils peuvent avoir à y investir.

Paragraphe II Une information fidèle

35. –Le principe de fidélité doit être considéré comme un objectif que la production comptable doit atteindre plutôt qu'un principe comptable. Cette notion de fidélité complète les principes de régularité et de sincérité⁷⁴.

Ce principe s'applique aux comptes annuels. En effet, l'article L.123-14 du Code de Commerce énonce que « *les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* ».

La question se pose de déterminer ce principe de fidélité. Il faut pour cela revenir au fondement du principe de fidélité. Cette notion provient d'une disposition légale Anglo-Saxonne « True and Fair View »⁷⁵. Aucune définition de cette notion n'a été élaborée ni par le droit français, ni par le droit anglo-saxon. Le professeur PASQUALINI s'est basé sur l'interprétation de la notion par les Anglo-Saxons pour définir l'image fidèle comme « *une vision réelle par une traduction loyale de ce qu'est l'entreprise* »⁷⁶. Cette définition met en évidence la complémentarité des principes. En effet, une information financière est fidèle si elle est loyale c'est-à-dire sincère et réelle.

Cette notion de fidélité suppose de déterminer son contenu (I) ainsi que sa portée (II).

I) Le contenu de l'obligation de fidélité

36. –Ce principe résulte de normes comptables nationales et internationales (A) qui ont défini les critères de l'information fidèle (B).

A) Les sources comptables

37. –Les normes comptables proviennent de sources internationales (1) et nationales (2)

⁷⁴ F. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, éd. Litec, 1992, p.20.

⁷⁵ Directive n°78/660/CE, la quatrième directive consolidée sur les comptes annuels des sociétés de capitaux, du 31 juillet 1978, JOL.222, du 14 août 1978, énonce dans ces motifs que la notion d'image fidèle résulte de la notion anglo-saxonne de « true and fair view ».

⁷⁶P. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, 1992, éd. Litec, n°31, p.27.

1) Les normes comptables internationales IAS/IFRS

38.—Les normes internationales ont permis d’harmoniser l’ensemble des règles comptables afin de permettre aux investisseurs d’accéder à une information homogène et de qualité. Cet objectif d’harmonisation a amené dès 1973, les représentants des organisations comptables des différents pays à constituer l’IASC, L’international Accounting Standard Committee devenu l’IASB, International Accounting Standards Board⁷⁷ depuis 2003. C’est un organisme international privé et indépendant qui a vocation à élaborer des normes internationales comptables dénommées IAS, International Accounting Standard, puis IFRS, International Financial Reporting Standard depuis 2001⁷⁸.

Les normes comptables internationales, ainsi que les interprétations publiées par l’ISAB ne sont pas immédiatement applicables en Europe. Leur application nécessite une adoption par la Commission Européenne. Le Parlement européen et le Conseil de l’Union européenne ont adopté le 19 juillet 2002⁷⁹ un règlement qui prévoit l’adoption et l’application des normes comptables internationales. Selon l’article 4 du règlement, les sociétés cotées sur un marché réglementé d’un Etat membre de l’Union européenne qui publient des comptes consolidés doivent obligatoirement préparer leurs comptes consolidés, conformément aux normes IAS/IFRS. Le règlement précise que l’application d’un jeu unique de normes internationales de haute qualité dans la préparation des états financiers consolidés permettra une meilleure comparabilité des états financiers des sociétés faisant appel public à l’épargne.

Cette obligation d’appliquer les normes IAS/IFRS est optionnelle pour les comptes individuels de l’ensemble des sociétés cotées et non cotées⁸⁰. L’Etat Français n’a pas adopté

⁷⁷ L’International Accounting Standards Board est un organisme privé créé en 1973 par 10 pays, Australie, Canada, France, Allemagne, Japon, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Unis, Irlande, Etats-Unis. Il remplace depuis 2001 l’International Accounting Standards Committee. Son rôle principal est d’élaborer des normes comptables internationales dénommées IFRS « International Financial Reporting Standards ».

⁷⁸ Avant de rendre publique la version définitive d’une norme, l’IASB publie un exposé-sondage (*exposure draft*) pour appel à commentaires. En règle générale, pour les projets les plus importants, l’IASB publie également au préalable un projet d’énoncé des principes (*statement of principles*) ou un document pour discussion (*discussion paper*) pour appel à commentaires. Les exposés-sondages et les normes comprennent obligatoirement les opinions divergentes des membres du *board*. De même, l’IASB publie généralement les fondements des conclusions (*basis for conclusions*) avec les exposés-sondages et les normes. Ces informations complémentaires ont pour objectif d’aider les utilisateurs lors de l’application des normes. L’IASB peut également envisager la possibilité d’organiser des auditions publiques et d’effectuer des tests sur le terrain.

⁷⁹ Règlement CE n°1606/2002 du 19 juillet 2002 sur l’application des normes comptables internationales, publié au JOCE le 11 sept. 2002, n°L.243/1.

⁸⁰ *Idem*.

cette option pour les comptes individuels des sociétés cotées et non cotées. Par conséquent, les comptes individuels de toutes les sociétés doivent être préparés en conformité avec le référentiel comptable français. Concernant les sociétés non cotées qui élaborent des comptes consolidés, l'article 5 du règlement a laissé à l'appréciation des Etats membres de l'Union Européenne l'application du référentiel IAS/IFRS. A ce titre, le législateur français a élaboré une ordonnance⁸¹ qui autorise les sociétés non cotées élaborant des comptes consolidés à utiliser les normes comptables internationales. Il s'agit d'une autorisation et non d'une obligation. Les sociétés ont le choix d'appliquer les normes comptables nationales ou internationales. Cette ordonnance a modifié l'article L.233-24 du Code de commerce : *« Lorsqu'elles utilisent les normes comptables adoptées par le règlement de la Commission européenne, les sociétés commerciales qui établissent et publient des comptes consolidés au sens de l'article L. 233-16 sont dispensées de se conformer aux règles comptables prévues par les articles L. 233-18 à L. 233-23 pour l'établissement et la publication de leurs comptes consolidés. »*. Par conséquent, les sociétés non cotées peuvent ne pas appliquer le référentiel comptable français au profit des normes IASB.

39. –L'IASB a également proposé un référentiel comptable applicable aux états financiers adapté aux PME afin d'harmoniser l'information comptable. L'objectif de ces normes comptables est de développer un référentiel similaire aux sociétés cotées, mais adapté aux PME. Les IFRS pour les PME permettent d'améliorer la comparabilité pour les utilisateurs des comptes. Ces normes d'information financière adaptées aux PME sont applicables aux entreprises privées qui n'ont pas de responsabilité publique. Une entreprise répond à la définition de « public accountability » s'il y a un haut niveau d'intérêt externe dans l'entité provenant d'investisseurs non gestionnaires ou d'autres parties prenantes, et si ces investisseurs ne disposent que des états financiers comme moyen d'obtenir de l'information financière sur l'entreprise. Le référentiel comptable pour les PME a été publié par IASB le 9 juillet 2009. Il s'agit d'une norme internationale d'information destinée à être utilisée par les petites et moyennes entreprises. Ce référentiel est distinct des full IFRS applicables aux sociétés cotées, car il est adapté au PME. Il n'a pas été adopté par la communauté Européenne et il n'est donc pas encore applicable en France.

40. –L'IASB a précisé cette notion de fidélité au sein d'un cadre conceptuel. Ce cadre a été publié en juillet 1989 par l'IASC et adopté par l'IASB en avril 2001, il a été mis à jour

⁸¹ L'ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004, portant adaptation des dispositions législatives relatives à la comptabilité des entreprises aux dispositions communautaires dans le domaine de la réglementation comptable, JORF, n°297, du 22 déc.2004, p.21773.

en 2010. Il est destiné à proposer des conseils concernant les caractéristiques qualitatives concernant l'utilité de l'information contenue dans les états financiers. Le cadre conceptuel s'applique aux états financiers de toutes les entreprises, industrielles ou autres, qu'elles appartiennent au secteur public ou au secteur privé. Ce document ne constitue pas une norme comptable internationale. Il n'a pas fait l'objet d'une adoption par la Commission européenne contrairement aux normes IAS et IFRS. Il n'est donc pas applicable en France.

2) Les sources nationales

41. –Pour assurer l'objectif de production d'une image fidèle, le législateur a mis en place des principes comptables. L'existence de ces principes a été consacrée par le législateur au sein de la quatrième directive européenne du 27 juillet 1978 et traduite dans le droit commercial français par la loi n°83-353 du 30 avril 1983 au travers de ce qui est aujourd'hui l'article L.123-14 du Code de commerce⁸². Ces principes sont également envisagés par l'article 120-1 du Plan Comptable Général⁸³.

Les principes comptables forment un référentiel comptable applicable lors de l'établissement et lors de la rédaction des documents comptables afin d'assurer leur compréhension universelle. Le respect des principes comptables permet d'élaborer des comptes annuels réguliers, sincères et de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise⁸⁴. Ces principes s'appliquent à l'ensemble des professionnels du chiffre sans distinction. Il est indispensable pour le directeur financier de respecter les principes du droit comptable car ils permettent la compréhension de la comptabilité par l'établissement de méthodes préalablement définies et acceptées par tous.

B) Les critères de l'information fidèle

42. –L'information fidèle est complète (1), pertinente (2), significative (3) et sincère (4).

⁸² Art. L.123-14 al 1^{er} du Code de commerce : « *Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* ».

⁸³ Art. L.120-1 du Plan Comptable Général : « *La comptabilité est un système d'organisation de l'information financière permettant de (...) présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* ».

⁸⁴ Art. L123-14 du Code de commerce.

1) Une information complète

43. –L'article 123-15 du Code de commerce énonce « *Le bilan, le compte de résultat et l'annexe doivent comprendre autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Chacun des postes du bilan et du compte de résultat comporte l'indication du chiffre relatif au poste correspondant de l'exercice précédent* ». L'information financière est fidèle si elle est complète c'est-à-dire qu'elle contient toutes les informations nécessaires pour faciliter la compréhension de l'information. Elle doit préciser toutes les descriptions et explications nécessaires. L'IASB, donne un exemple d'information complète. « *La description d'un groupe d'actifs est complète lorsqu'elle contient, au minimum, une description de la nature des actifs du groupe, une description numérique de tous les actifs du groupe, et une indication de ce que représente la description numérique (par exemple le coût d'origine, le coût ajusté ou la juste valeur)* »⁸⁵. Cette exigence avait été soulignée dès 1974 par la COB⁸⁶ : « *Quelles que soient l'honnêteté de ceux qui préparent les comptes et les connaissances comptables de leurs lecteurs, les états financiers, si bien agencés soient-ils, ne peuvent communiquer par eux-mêmes, l'image fidèle dont ont besoin et à laquelle ont droits les utilisateurs* »⁸⁷.

Par conséquent, cela nécessite pour le directeur financier d'adapter l'information aux utilisateurs par des commentaires, des rubriques complémentaires.

2) L'information pertinente

44. –L'information financière délivrée par le directeur financier doit être pertinente. Ce critère de pertinence est indiqué par l'article 511-1 du Plan Comptable Général « *les documents de synthèse, qui comprennent nécessairement le bilan, le compte de résultat et l'annexe mettent en évidence tout fait pertinent, c'est-à-dire les faits susceptibles d'avoir une influence sur le jugement de leurs destinataires. Ils portent sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entité ainsi que sur les décisions qu'ils peuvent être amenés à*

⁸⁵ IASB., *Cadre conceptuel de l'information financière*, 2010, n° QC13.

⁸⁶ La commission des opérations des bourses était un organisme français créée en 1967 pour formuler des avis ou prendre des décisions concernant certaines opérations boursières. La COB a fusionné en 2003 avec le conseil des marchés financiers pour constituer l'administration des marchés financiers.

⁸⁷ *Bull.COB*, n°57, 1974, p.9.

prendre ». L'IASB a également donné une définition de la pertinence « *l'information financière possède la qualité de pertinence lorsqu'elle influence les décisions économiques en les aidant à évaluer des événements passés, présents ou futurs ou en confirmant ou corrigeant leurs évaluations passées* »⁸⁸. Selon ces définitions une information est pertinente si elle a une valeur prédictive ou une valeur de confirmation. L'information fournie par le directeur financier a une valeur prédictive lorsqu'elle permet de faire des prévisions, notamment lorsque le directeur financier va produire des documents prévisionnels concernant l'évolution du chiffre d'affaires. L'information fournie par le directeur financier a une valeur de confirmation si elle renseigne sur des évaluations antérieures notamment si elle les confirme ou les modifie.

3) Une information significative

45. –La directive européenne énonce « *que les comptes annuels doivent être établis avec clarté* ». Ce principe de clarté impose au directeur financier de sélectionner les informations les plus significatives de la réalité économique de l'entreprise. L'IASB énonce qu'une information est significative « *lorsque son omission ou son inexactitude pourraient influencer les décisions que les utilisateurs prennent sur la base de l'information financière* »⁸⁹. Cette exigence d'information significative se rapproche du principe de « *materiality* » établi par le droit britannique, d'après lequel la comptabilité doit apporter une information et des documents clairs, dans leur présentation et leur lisibilité, par la sélection de données significatives⁹⁰.

L'aspect significatif de l'information va donc dépendre de la nature ou de l'ampleur des éléments auxquels l'information se rapporte. Le directeur financier devra juger si l'information est suffisamment significative pour être communiquée au bénéficiaire de l'information.

4) Une information sincère

⁸⁸ IASB., *Cadre conceptuel de l'information financière*, 2010, n° QC6.

⁸⁹ IASB., *Cadre conceptuel de l'information financière*, 2010, n° QC11.

⁹⁰ F. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, éd. Litec, 1992, pts.60.

46. –Le principe de sincérité permet de mettre en œuvre le principe de fidélité. Ce principe est envisagé par l'article 120-2 du Plan Comptable Général. « *La comptabilité est conforme aux règles et aux procédures en vigueur qui sont appliquées avec sincérité afin de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des événements envisagés* ». Selon cette définition, la sincérité implique de traduire la réalité économique de la société. Elle suppose une application correcte des règles. Par conséquent, lorsqu'un choix s'impose, le directeur financier doit choisir la disposition légale la plus adaptée à la réalité économique. Afin de respecter ce principe, le directeur financier doit appliquer les dispositions légales de bonne foi. Il ne doit effectuer aucune manipulation des comptes.

L'objectif de cette notion d'image fidèle n'a pas vocation à exiger au directeur financier de produire l'exacte vérité économique, mais il lui impose de réduire les décalages entre la réalité économique et sa retranscription. Pour réduire ces décalages, les professionnels du chiffre vont adapter l'information comptable en dépassant le cadre purement juridique, il s'agit de l'application du principe de « *substance over the form* ». Cette possibilité de dérogation est une exception à l'obligation de respecter les dispositions légales. Cette notion d'« *exception* » est énoncée au sein de son article L.123-13 du Code de commerce : « *Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé ; cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise* ». A ce titre, le professeur PASQUALINI énonce que « *l'image fidèle, ne saurait en effet être le fruit d'un subjectivisme sans frein, mais la résultante de l'application de règle préalable. L'exception n'est en réalité préservée que pour permettre une application de l'esprit des règles lorsque leur mise en œuvre littérale aboutirait à des conséquences choquantes en ce qui concerne la fonction assignée aux comptes*⁹¹ ».

II) La portée de l'obligation de fidélité

47. –L'intensité de l'obligation de fidélité du directeur financier doit être déterminée (A). Compte tenu de ses fonctions, les exigences concernant l'exécution de cette obligation sont renforcées (B).

⁹¹ F.Pasqualini, *op.cit.*, n°51, p.43.

A) l'intensité de l'obligation

48. –La détermination de l'intensité de l'obligation de production de l'information financière conforme aux principes comptables conduit à préciser si le directeur financier est tenu d'une obligation de moyens ou de résultat.

Cette distinction d'obligations de moyens et de résultat a été introduite dans notre droit par DEMOGUE. Elle se fonde sur l'objet de l'obligation, selon que celui qui l'a souscrite s'est engagé à faire tout ce qui est possible en vue d'un résultat incertain, ou s'engage à un résultat déterminé. Dans le premier cas l'obligation est de moyens et dans le second elle est de résultat. La doctrine a repris cette classification.⁹²

En l'espèce, la question se pose de déterminer l'intensité de l'obligation de production des comptes conformes aux principes comptables. Afin de d'apprécier l'intensité de l'obligation du directeur financier, il faut s'attacher aux critères de distinction élaborés par la jurisprudence.

49. –Le premier critère de distinction est celui de la volonté des parties⁹³. La volonté contractuelle peut ériger en obligation de moyens une obligation de résultat et une obligation de résultat en obligation de moyens.

Le deuxième critère est l'aléa. Dans le cas où la volonté des parties ne favorise pas des éléments concernant l'intensité de l'obligation, il faudra recourir au critère de l'aléa.⁹⁴ Si l'exécution de l'obligation est prévisible et ne comporte aucun risque, l'obligation est de résultat⁹⁵. Si, inversement, le résultat dépend de circonstances autres que la diligence du débiteur, l'obligation sera de moyens. Il faut donc déterminer si l'obligation de production de l'information comptable aux dispositions légales comporte un aléa qui ne permettrait pas de garantir un résultat déterminé. A ce titre, le professeur LEDOUBLE, soulignait que la comptabilité n'était pas une science exacte : « *La comptabilité générale est une technique*

⁹² J.Frossard, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, 1965, éd. LGDJ ; F. Maury, « Réflexions sur la distinction entre obligation de moyens et de résultat », *RRJ*, 1998, 1243 ; H.Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*1936.1.

⁹³ Parfois la détermination de la portée de l'obligation est aisée, c'est notamment le cas où les parties ont spécifiquement convenues d'intégrer des obligations de résultat dans le contrat ou alors lorsque la loi précise la portée des obligations contractées, par exemple en matière de commerce électronique, loi 2004-575 du 21-6-2004, art 15, I-11 qui impose une responsabilité de plein droit à tout prestataire du commerce électronique.

⁹⁴ A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* 1945. I. 449.

⁹⁵ B. Stark., H. Roland., L. Boyer, *Les obligations*, t.2, LITEC, 6^{ème} éd. LITEC, 1998 n°1181.

relevant des sciences humaines. Elle n'a donc qu'une exactitude toute relative et l'on peut certes discuter, sur de nombreux points, la comptabilisation de telle ou telle opération. On ne saurait reprocher à l'expert-comptable le parti qu'il prend pour comptabiliser une opération délicate»⁹⁶. Les juges ont déterminé à plusieurs reprises que l'expert-comptable est tenu d'une obligation générale de moyens impliquant qu'il exécute sa mission avec compétence et diligence.⁹⁷ Ils ont pris en considération l'aléa présent lors de l'exécution de cette obligation. En effet, la conformité de l'information financière aux dispositions légales nécessite pour l'expert-comptable de choisir parmi un certain nombre de règles comptables celles qu'il juge appropriées⁹⁸. Cette décision est transposable au directeur financier car il est tenu d'une obligation dont l'objet peut être assimilé à celle de l'expert-comptable.

Par conséquent, on peut en déduire que l'intensité de l'obligation du directeur financier est similaire à celle de l'expert-comptable. Le directeur financier et l'expert-comptable doivent mettre tous les moyens en œuvre pour obtenir une information financière conforme aux dispositions légales. Le choix opéré entre les différentes méthodes comptables admissibles doit avoir pour objectif de fournir une meilleure information financière. Cette obligation de moyens, peut se conjuguer avec une obligation de résultat, par exemple lorsqu'il s'agit d'établir des déclarations fiscales, comme des déclarations de revenus ou de TVA, et de les déposer dans les délais⁹⁹. La simplicité de l'acte fait disparaître le critère de l'aléa.

B) Le renforcement de l'obligation

50. –Le directeur financier et l'expert-comptable sont hautement qualifiés dans le domaine financier et comptable. Ils disposent de diplômes équivalents. L'expert-comptable est obligatoirement titulaire d'un diplôme d'expertise comptable¹⁰⁰ pour exercer ses fonctions. Aucune disposition légale n'impose au directeur financier d'être titulaire d'un tel diplôme,

⁹⁶ CA. Paris, du 26 mai 1977 et CA. Montpellier, 24 mai 1977, *RJ. com.* 1978, p.212.

⁹⁷ CA. Douai, 12 mai 2010, n°07/01720 ; Cass. com., 2 juin 1987, D. 1987. 500, note A. Viandier ; CA Paris, 21 mars 2001, *JCP éd. E* 2002. 916, n° 17, note F. Pasqualini. et V. Pasqualini.-Salerno. ; CA. Paris, 13 févr. 2004, n°2002/09201, *Bull. Joly* 2004. 769, § 155, note sous arrêt, M. Delhomme.

⁹⁸ Avis du Conseil National de la Comptabilité, n°97-06, du 18 juin 1997, *bull.CNCC*, n°11, 2^{ème} trim ; « *Comptabilité de l'entreprise* » : dict.perm. *Droit des affaires Bull.* 458, 21 sept. 1997.

⁹⁹ Cass.com. 20 nov. 2001, *JCP éd. E* 2002. 916, n° 17, note Pasqualini. et V. Pasqualini.-Salerno. ; 6 févr. 2007, D. 2007, AJ 725, obs. X. Delpech.

¹⁰⁰ Art. 3 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, publiée au JO. du 2 mai 1945, p.7552.

pourtant, de fait, le directeur financier est toujours titulaire d'un diplôme de finance et de comptabilité. Cette condition de diplôme est constatée dans les offres d'emploi concernant les directeurs financiers, les diplômes assurant une spécialisation dans les domaines de la finance et de l'expertise comptable sont une condition d'obtention du poste de directeur financier.

Cette exigence de diplôme permet au directeur financier de garantir des compétences dans le domaine de l'expertise comptable et des finances. Compte tenu de ses qualifications, le directeur financier doit maîtriser les dispositions légales comptables et financières.

Pour autant, le directeur financier doit-il être obligatoirement titulaire d'un diplôme ? A priori, aucune disposition légale, n'impose au directeur financier de posséder un diplôme spécifique pour exercer ses fonctions. Pourtant, dans les faits, l'organe dirigeant va exiger une condition de diplôme lors du recrutement du directeur financier afin d'avoir une garantie concernant son expertise financière et comptable. Exceptionnellement, l'organe dirigeant peut recruter un directeur financier ne justifiant d'aucun diplôme dans l'hypothèse où celui-ci justifie d'une expérience dont l'importance prouve que le directeur financier a acquis les connaissances nécessaires à l'exécution de ses fonctions.

51.—Compte tenu de ses compétences le directeur financier va être tenu d'une obligation de moyens renforcée¹⁰¹. L'obligation de moyens est susceptible de degré, elle peut être renforcée lorsque le débiteur est un professionnel. La qualification d'obligation de moyens renforcée met à la charge des professionnels du chiffre une diligence particulière c'est-à-dire une rigueur, une exigence particulière lors de l'exécution de l'obligation. Ils ne doivent pas exécuter leur obligation conformément à « *un bon père de famille* », mais conformément à « *un bon professionnel dans un domaine déterminé* »¹⁰². Les critères d'exigences sont alors plus élevés que pour une obligation de moyens classique. Les professionnels du chiffre devront être rigoureux lors de l'exécution de l'obligation de production des comptes, cela suppose d'effectuer tous les contrôles nécessaires à la fiabilité des comptes et de mettre en place des procédures de contrôles adaptés. Cette obligation de moyens renforcée est illustrée par deux arrêts. Dans un premier arrêt, les juges ont constaté que l'on attend du directeur financier une rigueur particulière lors de l'exécution de ses fonctions car il est titulaire d'un diplôme d'expertise comptable et qu'il occupe un poste de

¹⁰¹B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations*, t.2, 6^{ème} éd.Litec, 1998 n°1167 et suiv.

¹⁰² P. Serlooten, *Vers une responsabilité professionnelle*, Mélanges Hébraud, 1981, p.805.

cadre de haut niveau.¹⁰³ Pareillement au directeur financier, les juges ont constaté à l'occasion d'un deuxième arrêt « *que l'expert-comptable est tenu d'une obligation de diligence particulière* »¹⁰⁴.

La question se pose de définir cette notion de diligence. Elle est associée au devoir de prudence.¹⁰⁵ Cette obligation oblige les professionnels du chiffre à prendre toutes les précautions usuelles afin d'éviter que ces activités n'engendrent pas plus de risques qu'elles n'en comportent normalement¹⁰⁶. Lors de l'exécution de leur fonction, ils ne doivent pas commettre de négligence, ni d'imprudence. En l'espèce, cela entraîne pour les professionnels du chiffre la nécessité de mettre en place des procédures de contrôle adéquates et efficaces afin de prévenir les erreurs comptables. Lors des contrôles, ils doivent être particulièrement vigilants afin d'éviter les erreurs comptables.

52. –Par ailleurs, l'obligation de production des comptes fidèle peut être aggravée par une obligation accessoire de garantie. La garantie se définit comme une obligation accessoire qui naît de certains contrats à la charge d'une partie et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours de l'exécution celle-ci n'obtient pas la satisfaction qu'elle était en droit d'attendre¹⁰⁷. Aucune disposition légale ne prévoit une telle garantie à la charge du directeur financier ou de l'expert-comptable, elle est donc contractuelle et doit être explicitement prévue par les parties dans le contrat. Les professionnels du chiffre ne se contentent pas de s'engager à employer les moyens appropriés pour produire des comptes fidèles, ils vont promettre à l'organe dirigeant un résultat déterminé c'est-à-dire de produire des comptes conformément aux dispositions légales. Les professionnels du chiffre vont être tenus d'une obligation de résultat.

¹⁰³ CA. Bordeaux, 31 mars 2009, n°08/04375.

¹⁰⁴ Cass.com, 1^{er} février 2000, n°97-15.529, inédit ; CA. Agen, 16 mai 2011, n°10/00086.

¹⁰⁵ V. Legal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile*, Paris, 1992, p.83.85

¹⁰⁶ G. Viney, P. Jourdain., *Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de Jacques Ghestin, éd. LGDJ, 2006, pts 477.

¹⁰⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. PUF, 2014, V°GARANTIE.

Section II L'exploitation de l'information

53. – L'exploitation de l'information financière consiste à analyser les documents comptables, notamment le bilan, le compte de résultat pour informer ou mettre en garde l'organe dirigeant. L'exploitation de l'information comptable est limitée à la production de chiffres permettant d'évaluer la performance financière et la pérennité de l'entreprise.

L'exploitation de l'information financière implique d'élaborer des analyses financières (**Paragraphe I**) puis de diffuser une information à l'organe dirigeant (**Paragraphe II**).

Paragraphe I L'élaboration des analyses financières

54. – Le directeur financier élabore des analyses financières qui vont permettre d'évaluer la situation de la société (**I**), selon certaines modalités (**II**).

I) La nature des analyses financières

55. – Les analyses financières permettent d'évaluer la situation financière (**A**) et la pérennité de l'entreprise (**B**).

A) L'évaluation de la situation financière

56. – Le directeur financier va évaluer la performance financière actuelle (1) et future (2) de l'entreprise.

1) L'évaluation de la performance financière actuelle

57. – Le directeur financier détermine la performance de l'entreprise grâce à des analyses financières. Les analyses financières ont pour objectif principal de caractériser la situation économique et financière d'une entreprise par l'exploitation des informations comptables annuelles. Les analyses effectuées par le directeur financier sont limitées au domaine financier ; sont exclus les facteurs stratégiques, humains, économiques ou sociologiques.

Le directeur financier évalue la rentabilité de l'entreprise ce qui consiste notamment à analyser les charges fixes et variables afin de déterminer le seuil de rentabilité. Le seuil de rentabilité représente le chiffre d'affaires ou le niveau d'activité que l'entreprise doit atteindre pour couvrir ses charges. Cette analyse permet au directeur financier d'apprécier le risque d'exploitation.

Egalement, il détermine la solvabilité de l'entreprise c'est-à-dire sa capacité à couvrir ses dettes exigibles à l'aide de ses actifs liquides. Cette analyse suppose l'exploitation du bilan afin d'élaborer un bilan financier. Le bilan financier permet de présenter le patrimoine réel de l'entreprise et de déterminer l'équilibre financier. L'analyse de la solvabilité permet également de déterminer l'autofinancement. L'autofinancement est défini comme « *la fraction du revenu dégagé par l'entreprise que cette dernière conserve après avoir rémunéré tous les partenaires ayant droit à l'être. Il a pour finalité de contribuer à la pérennité de l'entreprise c'est-à-dire à la continuité de l'exploitation* »¹⁰⁸. Le suivi par le directeur financier de la capacité d'autofinancement va permettre à celui-ci d'informer l'organe dirigeant sur la capacité globale de l'entreprise.

Le directeur financier doit également évaluer le besoin de financement de l'entreprise. Les directeurs financiers « *ont pour mission de veiller à ce que des ressources suffisantes en capitaux permanents et crédits à court terme soient en corrélation avec la totalité des emplois et, en particulier répondent au besoin d'investissement* »¹⁰⁹. Il doit veiller à ce que l'entreprise dispose d'une capacité d'autofinancement nécessaire pour accroître l'investissement de l'entreprise et couvrir les pertes probables. Elle représente pour l'entreprise l'excédent des ressources internes dégagé durant l'exercice par l'entreprise de l'activité et qu'elle peut destiner à son autofinancement. Le directeur financier ne doit pas se contenter de constater la capacité d'autofinancement, il doit proposer des solutions pour augmenter les capacités d'autofinancement pour pouvoir gérer d'éventuelles pertes.

¹⁰⁸ F.Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, éd. LITEC, 1992, p.159.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p.163.

2) *L'évaluation de la situation financière future*

58. –Le directeur financier doit établir la situation financière future de la société par le biais principalement de comptes prévisionnels, et du budget.

Les comptes prévisionnels reposent sur des hypothèses relatives à des faits futurs et à des décisions à venir qui ne se sont pas encore produits et peuvent ne pas se produire¹¹⁰. L'obligation d'élaborer des prévisions est une obligation légale pour les sociétés qui comptent trois cents salariés au plus et dont le montant net du chiffre d'affaires, à la même époque, est égal ou supérieur à 18 000 000 €. L'article L.232-2 du Code de commerce précise que cette obligation incombe au conseil d'administration, ou du directoire ou aux gérants de l'entreprise. Ils peuvent déléguer cette obligation au directeur financier ou à l'expert-comptable.

59. –L'établissement des comptes prévisionnels se matérialise par la réalisation d'un plan de financement, d'un bilan prévisionnel et des notes annexes¹¹¹. Cette obligation est exigée pour les sociétés qui entrent dans le champ de l'article R.232-2 du Code de commerce. Pour les autres sociétés, l'établissement des comptes prévisionnels pour être effectué à la demande de l'organe dirigeant, des banquiers ou encore des actionnaires. Ces comptes prévisionnels portent sur l'ensemble des hypothèses futures, mais ils peuvent également être établis sur la base d'hypothèses significatives c'est-à-dire à la demande de l'organe dirigeant sur un élément précis. Il convient dans ce cas que le directeur financier fasse figurer dans l'annexe le contexte dans lequel s'inscrit la présentation des comptes prévisionnels¹¹².

Le directeur financier doit également élaborer le budget prévisionnel. Il exprime pour l'année, les actions à réaliser pour atteindre les objectifs élaborés par l'organe dirigeant. Il va également contrôler la réalisation du budget grâce à l'élaboration d'un reporting. Le reporting a pour objet d'informer l'organe dirigeant sur des résultats de l'entreprise. Il permet un suivi des résultats et un contrôle par rapport au chiffre élaboré au sein du budget. Ce reporting doit comporter un tableau de bord qui permet de comparer les résultats et les prévisions.

¹¹⁰ Normes CNCC 4-101, Examen des comptes prévisionnels, §15.

¹¹¹ Art. R.232-2 du Code de commerce.

¹¹² Normes CNCC 4-101, Examen des comptes prévisionnels, §6.

B) L'évaluation de la pérennité de l'entreprise

60.—Lors de l'établissement des états financiers le directeur financier évalue la pérennité de l'exploitation. Elle doit être examinée conformément au principe comptable relatif à la continuité de l'exploitation. Ce principe est envisagé par l'article L.123-20, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Egalement, le Plan Comptable Général précise « *la comptabilité permet d'effectuer des comparaisons périodiques et d'apprécier l'évolution de l'entreprise dans une perspective de continuité d'activité* »¹¹³. Le respect de ce principe suppose pour le directeur financier d'évaluer les éléments d'actifs à leur valeur d'usage ainsi que les dettes déjà constatées.

La question se pose ici de déterminer le contenu de l'information élaborée par le directeur financier. La détermination du contenu exige de procéder à une évaluation de la situation de l'entreprise à poursuivre son exploitation. A ce titre, la norme internationale IAS1¹¹⁴ détermine l'information nécessaire à l'évaluation « *Pour évaluer s'il y a continuité de l'exploitation, il faut prendre en compte toutes les informations dont elle dispose pour l'avenir, qui s'étale au minimum, sans toutefois s'y limiter, sur douze mois à compter de la période de reporting* ». Lors de ces évaluations, le directeur financier doit informer l'organe dirigeant s'il a connaissance d'événements ou de conditions susceptibles de jeter un doute important sur la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité.

Sur la base des informations transmises par le directeur financier, l'organe dirigeant doit envisager deux situations à la clôture des comptes¹¹⁵ :

- La continuité d'exploitation est incertaine : la situation n'est pas définitivement compromise mais dépend de la réalisation de certaines conditions, par exemple l'obtention d'un crédit ;
- La continuité de l'exploitation est définitivement compromise lorsqu'une décision prononçant la liquidation judiciaire de la société a eu lieu et que les comptes annuels sont établis en valeurs liquidatives.

II) Les modalités relatives aux analyses financières

¹¹³ Art. 120-1 du Plan Comptable Général.

¹¹⁴ Règlement des communautés européennes, n°1274/2008 portant adoption de la version révisée d'IAS1, JOUE L.339/5, publié le 17 décembre 2008.

¹¹⁵ Note d'information N.I. CNCC « Les rapports du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et consolidés » de février 2010 (§ 3.54).

61. –Ces analyses financières supposent une appréciation objective de la situation financière de l'entreprise. L'unique objectif du directeur financier doit être l'intérêt de l'entreprise. Il ne doit pas analyser l'information à des fins personnelles. Aucune disposition légale ne réglemente l'objectivité du directeur financier lorsqu'il produit des analyses financières. Toutefois, le règlement général de l'AMF¹¹⁶ comporte des dispositions légales pour éviter les dérives liées au conflit d'intérêt, réservées aux professionnels analystes financiers qui exercent cette fonction à titre habituel, concernant les sociétés faisant appel public à l'épargne. Ces dispositions légales ne sont pas applicables au directeur financier qui n'est pas un analyste financier à titre habituel, mais elles peuvent permettre à l'organe dirigeant de s'assurer de l'objectivité des directeurs financiers. En effet, ces dispositions légales proposent la mise en place d'un rapport qui doit mentionner les intérêts et les conflits d'intérêts de l'analyste. L'analyste financier devra faire état de ses relations, participations au capital et éventuelles activités parallèles effectuées pour le compte de l'émetteur¹¹⁷.

Pour s'assurer de l'objectivité des analyses produites par le directeur financier, l'organe dirigeant peut exiger du directeur financier des informations concernant notamment ses participations au capital ou sur d'éventuelles activités parallèles.

Par ailleurs, les analyses financières doivent respecter les principes comptables de fidélité, sincérité et de régularité. Une information qui ne respecte pas ces principes, sera jugée insuffisante par les juges. A ce titre, les juges de la Cour d'appel ont constaté que les informations fournies par le directeur financier n'étaient pas satisfaisantes car les résultats envisagés par le directeur financier n'avaient pas atteint les objectifs fixés par celui-ci. « *il résultait nécessairement des approximations et des variations importantes des prévisions du directeur financier des difficultés pour les dirigeants concernant les décisions à prendre* »¹¹⁸. Cette décision n'est pas réduite aux prévisions effectuées par le directeur financier, elle est transposable à toutes les informations délivrées par le directeur financier à l'organe dirigeant.

62. –Se pose alors la question de déterminer les conditions que doit revêtir une information pour être satisfaisante. Pour être satisfaisante, cette information doit permettre au dirigeant de prendre les décisions stratégiques conformes aux intérêts d'optimisation des

¹¹⁶ Le règlement général de l'AMF, homologué par un arrêté du 12 octobre 2004, publié au J.O le 29 octobre 2004.

¹¹⁷ Article 315-5, 315-6 et 327-21 du Règlement général de l'AMF.

¹¹⁸ Cour d'Appel de Versailles, 1^{er} décembre 2009, n°09/00485.

actifs de la société. Elle doit être précise, fiable, exploitable pour l'organe dirigeant. Une information qui se révèle être insuffisante ne permettra pas à l'organe dirigeant de prendre des décisions concernant la politique financière. Cela peut entraîner des décisions qui vont à l'encontre de l'objectif de la gestion financière qui est l'optimisation des actifs de la société.

Egalement, ces données doivent parvenir à l'organe dirigeant à l'expiration « *d'un intervalle de temps acceptable*¹¹⁹ ». Lors de la diffusion de l'information à l'organe dirigeant, le directeur financier doit respecter un temps d'anticipation nécessaire. Les juges précisent que ce temps d'anticipation doit « *permettre à l'organe dirigeant de pouvoir prendre les décisions stratégiques et de résoudre les difficultés financières* ». On déduit de cette décision que le directeur financier doit anticiper. La notion « *d'anticiper* » provient du latin « *anticipare* » qui signifie « *prendre par avance* » ; « *exécuter avant le moment prévu* ». Cela signifie que lorsque le directeur financier analyse les données financières, il doit anticiper la durée nécessaire à la prise de décisions stratégiques et les difficultés que pourraient rencontrer la société. Par conséquent, le directeur ne se contente pas de renseigner l'organe dirigeant, il doit diffuser une information, précise, fiable, exploitable, avec un temps d'anticipation nécessaire à la prise de décision stratégique et à la résolution des difficultés financières.

Paragraphe II La diffusion de l'information à l'organe dirigeant

63.—Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier doit informer l'organe dirigeant pour qu'il puisse définir la politique financière de la société. L'obligation d'information du directeur financier n'est définie par aucun texte, toutefois, elle est similaire à celle prévue légalement pour l'expert-comptable. Dans la mise en œuvre de chacune de ses missions l'expert-comptable est tenu vis-à-vis de son client d'un devoir d'information est de conseil qu'il s'engage à accomplir dans le respect des textes en vigueur¹²⁰. Cette obligation, selon la nature de l'information, nécessite d'informer l'organe dirigeant (I) ou de le mettre en garde (II).

I) L'obligation d'information

¹¹⁹P. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, 1992, éd. Litec, pts 285.

¹²⁰ Art. 157 du décret n°2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité de l'exercice comptable, du 30 mars 2012. JO., n°0078 du 31 mars 2012.

64. –Le directeur financier va informer ou conseiller l’organe dirigeant selon la nature de l’information. Certaine information n’exige pas d’être accompagnée par un conseil particulier c’est le cas notamment d’une information portant sur le montant du chiffre d’affaires ou encore sur le montant des stocks. Le directeur financier va constater le montant et le diffuser à l’organe dirigeant. Cette obligation est en principe de résultat. Les juges affirment que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d’une obligation particulière d’information doit rapporter la preuve de l’exécution de cette obligation* »¹²¹.

D’autres informations exigent une obligation de conseil, c’est notamment le cas lorsque le directeur financier informe l’organe dirigeant sur des irrégularités comptables. En l’espèce, il ne peut se contenter d’informer l’organe des irrégularités comptables, il doit fournir des explications sur ce constat ainsi que des conseils. Il doit rappeler à l’organe dirigeant les obligations légales de fidélité de l’information comptable. L’obligation de conseil fait peser sur les professionnels du chiffre une charge plus lourde c’est-à-dire qu’ils doivent accomplir des diligences plus étendues que celles requises pour un renseignement.

La question qui se pose ici, est de déterminer le périmètre (A) ainsi que le contenu de cette obligation d’information (B).

A) Le périmètre de l’obligation d’information

65. –Cette obligation d’information s’applique à tous les domaines d’intervention des professionnels du chiffre, notamment lors de la tenue, de la centralisation, du redressement, de la consolidation, de la révision et de l’appréciation de la comptabilité ainsi que l’attestation de la régularité et de la sincérité des comptes annuels. Cette obligation d’information n’est pas limitée au domaine de la comptabilité et de la finance, elle doit être étendue aux conseils concernant la fiscalité même si cette obligation n’est pas prévue explicitement au contrat. Cette étendue de l’obligation d’information a été constatée par la Cour dans un arrêt du 23 juin 2009 comme relevant de la nature des fonctions des professionnels du chiffre. En l’espèce, une société civile immobilière avait fait l’objet d’un redressement fiscal pour ne pas avoir déclaré, ni payé la TVA sur la marge bénéficiaire dégagée lors des ventes immobilières. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en jugeant que « la Cour d’appel avait pu valablement décider que les obligations contractuelles de l’expert-comptable lui imposaient de s’informer sur les incidences fiscales de ces ventes et qu’en n’attirant pas l’attention de sa cliente sur les risques afférents à l’absence de paiement et de déclaration de la taxe, l’expert-

¹²¹ Cass. Civ. 1^{er}, 25 févr.1997, n° 94-19.685, *Bull.civ.I*, n°75.

comptable avait commis une faute »¹²². De par cette décision les juges déduisent de la fonction de l'expert-comptable une obligation implicite de conseil relative au domaine fiscal. Compte tenu de la proximité des fonctions du directeur financier et de l'expert-comptable, nous pouvons transposer cette jurisprudence au directeur financier et affirmer que l'obligation d'information concernant les domaines comptables et financiers est étendue au domaine de la fiscalité.

66. –La question se pose de l'intensité de l'obligation d'information. Les juges ont affirmé que « *la pertinence, la compréhension ainsi que la prise en compte par le bénéficiaire du renseignement relèvent de l'obligation de moyens* »¹²³. Par conséquent, l'expert-comptable ainsi que le directeur financier sont tenus d'une obligation de moyens lors de la délivrance de l'information. Les professionnels du chiffre vont mettre tous les moyens en œuvre pour garantir une information pertinente, mais ils ne peuvent pas garantir un résultat déterminé en raison de la diversité des conseils possibles. Toutefois, cette obligation de moyens va être renforcée car le directeur financier et l'expert-comptable ont des compétences financières et comptables qui leur permettent d'apporter une information pertinente.¹²⁴

B) Le contenu de l'obligation d'information

67. –Selon la nature de l'information, celle-ci se traduit par un renseignement (1) ou par un conseil (2).

¹²² Cass.Com, 23 juin 2009 n°08-16.394.

¹²³ Cass. Civ. 1^{er}, 18 janvier 2000, n°97-17.716, *Bull.civ.* I, n°13, D.2001.3359, note M.L.Matthieu-Izorche.

¹²⁴ *Supra*, §48.

1) L'obligation d'information

68. – L'obligation d'information impose au directeur financier de renseigner l'organe dirigeant sur les obligations qui pèsent sur lui ainsi que des conséquences préjudiciables du non-respect de ces obligations.

Au titre de leur obligation d'information, les professionnels du chiffre doivent par exemple renseigner l'organe dirigeant concernant l'obligation d'établir les déclarations obligatoires dans les délais, et sur les démarches nécessaires pour éviter un redressement fiscal prévisible sous l'impulsion des plus-values professionnelles¹²⁵.

Cette obligation d'information nécessite également d'informer l'organe dirigeant des possibilités de bénéficier d'une imposition réduite et des moyens pour y parvenir. Il est tenu d'analyser la situation de l'organe dirigeant, de rechercher les solutions fiscales appropriées et de porter à sa connaissance les différentes options fiscales possibles. Les professionnels du chiffre doivent donc informer l'organe dirigeant des démarches à effectuer et des conditions à remplir pour en bénéficier.

2) L'obligation de conseil

69. – L'obligation de conseil impose des diligences plus étendues que l'obligation d'information. Elle suppose pour le directeur financier d'orienter la décision de l'organe dirigeant.

Dans certaines hypothèses, le directeur financier doit compléter l'obligation d'information par une obligation de conseil. Cela se traduit par une démarche active auprès de l'organe dirigeant. Il s'agit, notamment, pour le directeur financier d'informer l'organe dirigeant sur les conséquences des décisions projetées afin d'éclairer son choix. Cette démarche active du professionnel du chiffre a été confirmée par les auteurs concernant l'expert-comptable. A ce titre, le professeur Pasqualini¹²⁶ constate que l'expert-comptable est tenu « *d'un devoir d'assistance et de conseil* » à l'égard de l'organe dirigeant. Cela suppose de l'inciter, voire de le contraindre à prendre toutes les décisions qui s'imposent au regard de

¹²⁵ CA. Reims, 21 janvier 2002, note sous arrêt, C.Nouel, *Bull.Joly.Sociétés*, 2002, n°6, p.708.

¹²⁶ CA. Paris, 12 octobre 2001, n°1999/17916, note sous arrêt, F.Pasqualini, *Bull.joly.soc.*, janv.2002, p.42, n°5 ; J-F. Barbiéri, « Devoir de coopération avec les professionnels du chiffre et rémanence de la faute du préposé », *Bull.Joly.Soc.*, 2014, n°2, p.121.

l'intérêt social de l'entreprise¹²⁷. Ce constat est transposable au directeur financier car il exerce des fonctions similaires à celles de l'expert-comptable. Toutefois cette obligation n'est pas applicable à l'ensemble des professionnels du chiffre car, par exemple, le commissaire aux comptes est tenu d'un devoir de conseil limité sous peine de se placer en situation d'incompatibilité pénalement sanctionnée¹²⁸.

Cette obligation de conseil a été règlementée par le législateur au sein d'un décret. A ce titre, le professionnel du chiffre doit veiller à fournir le meilleur conseil possible dans la mesure de ses connaissances techniques personnelles induites de sa formation. Il doit donner son avis et se prononcer avec sincérité et objectivité¹²⁹. Le critère d'objectivité pose certaines difficultés compte tenu du statut de salarié du directeur financier. En effet, sa relation de subordination, même si elle n'est que relative peut constituer un frein à l'exigence d'objectivité. Pour préserver cette objectivité, le directeur financier doit bénéficier d'un degré d'autonomie dans l'exercice de ses fonctions.

70. –Il convient également de se demander si le directeur financier et l'expert-comptable doivent toujours accompagner leur obligation d'information par une obligation de conseil. Cette obligation peut être allégée à l'égard de l'organe dirigeant spécialiste¹³⁰. Les juges affirment qu'il n'est pas nécessaire de renseigner quelqu'un qui sait ou qui, par son activité notamment, est censé savoir¹³¹. On en déduit que les professionnels du chiffre doivent s'adapter au niveau de compétence de l'organe dirigeant. Ainsi, la nécessité d'accompagner les informations diffusées par des commentaires et des analyses va dépendre des compétences de l'organe dirigeant. La difficulté pour les professionnels du chiffre résulte dans la détermination des capacités de l'organe dirigeant et du degré de capacité nécessaire pour comprendre l'information. Le seul moyen de déterminer si l'organe dirigeant peut être considéré comme un spécialiste de la finance et de la comptabilité est de connaître ses diplômes et son expérience. En effet, on peut supposer que l'organe dirigeant sera considéré

¹²⁷ J-F. Barbiéri, « Devoir de coopération avec les professionnels du chiffre et rémanence de la faute du préposé », *Bull. Joly Société*, 1^{er} février 2014, n°2, p.121.

¹²⁸ A. Robert, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables*, éd. Dalloz, 2011-2012, n°44-112.

¹²⁹ Décret n°2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité de l'exercice comptable, JORF, n°0078 du 31 mars 2012, p.5864, art.157

¹³⁰ Voir, P. Tourneau « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.1987*, chron.p.101.

¹³¹ Cass.civ., 3^{ème}, 20 novembre 1991, *Bull.civ.*, III, n°284 ; Cour.cass, civ.1^{er}, 2 juillet 1991, *bull.civ.*, I, n°228.

comme un spécialiste s'il dispose d'un diplôme d'un certain degré hautement spécialisé dans la finance et la comptabilité ainsi qu'une expérience professionnelle en tant que directeur financier. Cette exigence d'adapter l'information aux connaissances de l'organe dirigeant est difficilement réalisable car elle suppose que l'organe dirigeant communique au directeur financier des informations personnelles concernant sa formation.

II) L'obligation de mise en garde

71. – Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier peut être amené à constater des irrégularités dans la comptabilité, ainsi que des risques financiers pour la société. Sa position du directeur financier lui impose de mettre en garde l'organe dirigeant concernant les difficultés constatées **(A)**. Le directeur financier ne doit pas se limiter à mettre en garde l'organe dirigeant, il a également, dans certaines circonstances le droit d'exercer un droit d'alerte afin de protéger la société **(B)**.

A) Le contenu de l'obligation de mise en garde

72. – L'obligation de mise en garde n'est qu'un aspect de l'obligation d'information¹³². Monsieur Fabre-Magnan affirme que « *mettre en garde quelqu'un, c'est certes lui fournir une information, mais en insistant et en attirant son attention sur les risques qu'il y aurait à ne pas en tenir compte* »¹³³.

L'obligation de mise en garde va concerner les difficultés financières rencontrées par la société et plus particulièrement « *les risques financiers* ». Il n'existe pas de définition légale de la notion de risque. Certains auteurs ont défini le risque financier comme « les événements pouvant affecter, fragiliser ou remettre en cause la pérennité des entreprises »¹³⁴.

La question se pose alors de déterminer le fondement de cette obligation (1), et ses modalités (2).

1) Le fondement de l'obligation

73. – L'obligation de mise en garde du directeur financier n'est réglementée par aucune disposition légale. Elle est donc, soit envisagée au titre du contrat, soit elle est déduite par les

¹³² A, Bénabent, *Les obligations*, Montchrétien, 14^{ème} éd, 2014, n°282.

¹³³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans le contrat*, Essai d'une théorie, éd.LGDJ, 1992, n°11.

¹³⁴ J-D. Darsa., *La gestion des risques en entreprise*, 2^{ème} éd, Géréso, 2011, p.135.

juges de la nature des fonctions du directeur financier. Ils ont affirmé que la nature des fonctions du directeur financier, lui imposait une obligation d'information. En effet, ils ont constaté que « *le directeur financier d'un groupe est débiteur d'une obligation générale d'information à l'égard de son employeur et du conseil d'administration, concernant les risques financiers dont il connaît l'existence* »¹³⁵.

Dans une autre affaire, les juges ont constaté que « *le directeur financier doit alerter l'organe dirigeant des difficultés rencontrées par la trésorerie* »¹³⁶.

Par conséquent, le directeur financier, au même titre que les professionnels, plus particulièrement que l'expert-comptable est débiteur d'une obligation de mise en garde de l'organe dirigeant. La nature de leurs fonctions leur procure une connaissance nécessaire pour détecter les risques et informer l'organe dirigeant.

2) Les modalités de l'obligation

74. –L'obligation de mise en garde implique une intensité différente de la part du directeur financier selon la probabilité de réalisation du risque.

Il s'agit ici de déterminer ces diverses modalités d'exécution. Il doit dans un premier temps exercer une vigilance particulière lors de l'exécution de ses fonctions c'est-à-dire qu'il doit être particulièrement attentif aux éléments qui pourraient mettre en péril la pérennité de la société. L'obligation de vigilance implique du directeur financier une surveillance soutenue et attentive de la situation financière de la société. Le terme vigilance provient du latin « *vigilantia* » qui se définit comme une habitude de veiller. Cela implique pour le directeur financier de veiller quotidiennement sur la situation financière de l'entreprise.

Dans un deuxième temps, il informe la société des risques qui pourraient mettre en danger sa pérennité. Il s'agit pour le directeur financier d'informer l'organe dirigeant lorsqu'un risque pourrait compromettre la pérennité de l'entreprise. Cela signifie, que le directeur financier a constaté un risque éventuel c'est-à-dire qu'il ne s'est pas encore réalisé mais qu'il pourrait se réaliser. Cette information intervient à titre préventif. Elle permet à l'organe dirigeant d'anticiper la réalisation du risque et de prendre les décisions qui s'imposent pour éviter sa réalisation. Cette information se distingue de l'obligation d'alerte qui implique une notion d'urgence.

¹³⁵ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n°08-41.589, inédit.

¹³⁶ CA Besançon, chambre sociale, 10 juin 2008, n°07/02475.

Dans un troisième temps, il va alerter l'organe dirigeant lorsqu'un risque est sur le point de se concrétiser. L'alerte implique une situation d'urgence dans laquelle le risque est, soit sur le point de se réaliser.

75. – L'information divulguée dans le cadre d'une mise en garde ou d'une alerte ne concerne que le risque financier qui peut affecter, fragiliser ou remettre en cause la pérennité des entreprises. Le degré de difficultés rencontrées par l'entreprise doit être conséquent pour justifier une information de l'organe dirigeant par le directeur financier. Les juges ont affirmé que la mise en garde était justifiée lorsque le directeur financier a constaté que l'attribution de clause de conscience à des dirigeants pourrait constituer un risque pour la pérennité de l'entreprise¹³⁷. Dans cette affaire, le directeur financier a été licencié pour ne pas avoir informé la société, lors de la réunion du conseil d'administration, sur le nombre et l'étendue des clauses de conscience attribuées à certains dirigeants. La société reproche notamment au directeur financier ne pas avoir éclairé les administrateurs, lors de la réunion du conseil d'administration relative à la révocation du président directeur général, des conséquences de leur vote concernant la révocation à savoir la possibilité pour sept des dirigeants de la société d'actionner leur clause de conscience en cas de révocation.

La question se pose ici de déterminer la notion de clause de conscience ainsi que ses conséquences financières. La clause de conscience est une clause contractuelle qui s'inspire de la clause légale applicable au contrat de journaliste prévue par l'article L.7112-5 du Code du travail. Elle permet à l'organe dirigeant de mettre fin à son mandat social si des changements intervenus dans l'entreprise ne lui permettent pas d'exercer ses fonctions dans des conditions acceptables. Ces changements peuvent se caractériser par exemple par un changement d'actionnaire, une offre publique d'achat ou encore un changement de stratégie de l'entreprise. En l'espèce, des clauses de conscience avaient été attribuées à certains dirigeants de l'entreprise. Elles représenteraient un montant de 12 millions d'euros si elles devaient être actionnées en cas de révocation de mandat. Compte tenu des conséquences financières non négligeables sur les finances de la société, le directeur financier devait informer l'organe dirigeant de l'existence de ces clauses et surtout des conséquences financières que ces clauses pourraient avoir sur la pérennité de l'entreprise.

La haute juridiction relève que le directeur financier a manqué à son obligation d'alerte. Elle estime que « *la cour d'appel a privé sa décision de base légale en ne vérifiant*

¹³⁷ Cass.soc., 8 juillet 2009, n°08-41.589, inédit.

pas si la circonstance que le directeur financier ait connu les informations demandées le 21 juin 2005 ne lui imposait pas la communication complète, relativement non seulement à l'existence mais encore à l'étendue des clauses de conscience litigieuses, compte tenu du vote de révocation qui devait intervenir le jour même »¹³⁸. Par cette décision, la Cour de cassation relève l'existence d'une obligation d'alerte à la charge du directeur financier. Elle ne fait pas référence au contrat du directeur financier, donc, elle déduit cette obligation des fonctions du directeur financier. Elle estime que compte tenu de ses fonctions au sein de l'entreprise, il aurait dû informer l'organe dirigeant. Egalement, la Cour précise son contenu, elle affirme que l'obligation d'alerte du directeur financier n'est pas limitée à informer l'organe dirigeant de l'existence d'un risque, à savoir l'existence des clauses de conscience, il doit également, l'informer des conséquences financières. L'obligation d'alerte du directeur financier suppose donc de prévenir l'organe dirigeant des clauses de conscience mais aussi de lui transmettre des analyses financières qui permettront à l'organe dirigeant d'apprécier les conséquences de la mise en œuvre de ces clauses.

Dans une autre affaire la Cour de cassation a précisé les modalités de l'obligation d'alerte. En l'espèce, le directeur financier a été licencié pour ne pas avoir alerté suffisamment tôt l'organe dirigeant des difficultés rencontrées par la trésorerie¹³⁹. La haute juridiction reprochait au directeur financier de ne pas avoir respecté un certain délai lors de la mise en œuvre de l'alerte. En effet, l'information doit intervenir en amont du problème financier, c'est-à-dire lorsque risque ne s'est pas encore réalisé. Il s'agit d'une action préventive. Pour être efficace le directeur financier doit alerter ou mettre en garde suffisamment tôt l'organe dirigeant pour que celui-ci prenne les décisions qui vont permettre d'éviter le risque. Il convient de s'interroger sur l'évaluation du délai. Cette évaluation du délai, est subjective. Il faut, pour le déterminer, prendre en compte l'objet de l'alerte, à savoir le degré des difficultés rencontrées par l'entreprise et le temps nécessaire pour prendre la décision adéquate.

B) Le droit d'alerter

76.— Lors de l'exercice de ses fonctions, le directeur financier, peut avoir connaissance de faits relatifs à des malversations comptables. La question qui se pose ici, est de déterminer si le directeur financier est titulaire d'un droit d'alerte.

¹³⁸Cass.soc., 8 juillet 2009, n°08-41.589, inédit.

¹³⁹ CA. Besançon, chambre sociale, 10 juin 2008, n°07/02475.

Le droit d'alerte se définit comme la possibilité pour un salarié de dénoncer des faits qui vont à l'encontre de l'intérêt social de la société. Ce droit a vu le jour, aux Etats-Unis suite aux scandales de la société Enron. A ce titre, le législateur a élaboré la loi SOX (loi Sarbanes-Oxley)¹⁴⁰ votée par le Congrès américain en 2002 dans le but de protéger les investisseurs en favorisant la transparence des rapports financiers. L'article 301-4 de la loi SOX, impose aux entreprises Américaines, leurs filiales et toutes entreprises cotées à la bourse de New-York de mettre en place une procédure permettant à tout salarié de signaler tout fait délictueux concernant les malversations comptables. Le législateur français n'a pas mis en place de système équivalent. Néanmoins, il existe certaines formes de procédure d'alerte. A ce titre, l'article L.2323-78 du Code pénal oblige quiconque à dénoncer les délits contre l'intégrité corporelle de la personne. Egalement, l'article L.2323-78 du code du travail, permet au comité d'entreprise lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique, de demander à l'employeur de lui fournir des explications. Si le comité d'entreprise n'a pas pu obtenir de réponse ou si les réponses apportées par l'employeur confirment le caractère préoccupant de la situation. Il établit un rapport. Le directeur peut utiliser cette procédure. Elle permet d'exercer indirectement un droit d'alerte par le biais du comité d'entreprise. En effet, s'il a connaissance de certains faits de manipulation comptable, il peut en faire part au comité d'entreprise qui pourra mettre ne place une procédure d'alerte conformément à l'article L.2323-78 du code du travail. Egalement, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption destinée à adapter le droit français aux engagements internationaux de la France en matière de lutte contre la corruption, permet au directeur financier de dénoncer des faits de corruption. Cette loi a également inséré dans le Code du travail¹⁴¹ une disposition qui instaure une protection légale contre toute forme de sanction disciplinaire au profit de l'employé qui, de bonne foi, témoigne ou relate, à son employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

77. – Nonobstant ces dispositifs d'alertes encadrés par la loi, certaines entreprises ont souhaité mettre en place des systèmes d'alerte plus généraux, proches de celui décrit par la loi SOX au sein de la charte d'éthique ou encore du code de bonne conduite. Cependant ces

¹⁴⁰ Les autres noms de la loi Sarbanes-Oxley sont le public accounting Reform and Investor Protection Act, « Sabox » ou encore « SOX ».

¹⁴¹ Art. L.1161-1 du Code du travail.

dispositions posent en France des difficultés au regard des droits et libertés fondamentaux des salariés. C'est pourquoi, selon le dispositif d'alerte mis en place, une autorisation de la Commission nationale informatique et liberté est obligatoire. En effet, en matière de corruption, les dispositifs de l'alerte professionnelle nécessitent la création d'un fichier normatif ce qui conduit à une saisine de la CNIL¹⁴². La CNIL soumet ces procédures d'alerte à une autorisation préalable¹⁴³. Les procédures d'alerte soumises à une autorisation préalable sont définies par la CNIL. Il s'agit d'un dispositif permettant aux salariés d'une entreprise de signaler des problèmes d'ordres comptables et financiers de corruption ou de droit de la concurrence. Ces dispositifs s'inscrivent donc dans un cadre précis et restreint¹⁴⁴.

78. – Au-delà de ces dispositions légales, la question se pose de déterminer si le directeur financier peut exercer un droit d'alerte à l'égard des partenaires de la société et plus particulièrement des commissaires aux comptes. Il s'agit ici de déterminer si le directeur financier doit alerter les commissaires aux comptes lorsqu'il constate un risque pour la société. Cette question a été débattue par les juges. En l'espèce, le directeur financier a été licencié pour faute grave pour avoir alerter le commissaire aux comptes des difficultés rencontrées par la société¹⁴⁵. Le conseil des Prud'hommes et par la suite, la Cour d'appel avaient estimé que les agissements du directeur financier relevaient d'un comportement fautif se fondant sur le non-respect de l'article 4.5 du Contrat de travail qui énonce « *le salarié observe une discrétion absolue à l'égard des tiers non concernés sur tous les faits, informations et documents dont il a connaissance au cours ou à l'occasion de l'exécution de son travail* ». La Cour de cassation va reprocher à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si les destinataires de l'information étaient ou non « des tiers concernés ». Elle affirme que les commissaires aux comptes qui devaient effectuer un examen de la société suite aux difficultés financières à la demande de l'entreprise ne pouvaient être considérés comme « des tiers non concernés » et que les commissaires aux comptes sont tenus au secret professionnel de telle sorte que l'envoi d'une information « *alarmante* » ne pourrait constituer un préjudice pour la société. On déduit

¹⁴² La collecte des données relatives aux faits dénoncés et à l'identité de leur auteur constitue un traitement des données à caractère personnel ou sans de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'information, aux fichiers et aux libertés ».

¹⁴³ La CNIL a rendu le 30 janvier 2014, une délibération n°2014-042 modifiant une nouvelle fois la délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 régissant l'autorisation unique simplifiée applicable à la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle (AV 004 Autorisation unique).

¹⁴⁴ CNIL., « Les alertes professionnelles en question », Fiche pratique, www.cnil.fr.

¹⁴⁵ Cass.soc., 10 juin 2003, n°01-42.567, inédit.

de la décision de la Cour de cassation une volonté de permettre au directeur financier de pouvoir alerter le commissaire aux comptes sur les difficultés financières de l'entreprise.

On peut se demander quelle va être la portée de cette décision. En l'espèce, l'autorisation de la Cour de cassation d'alerter le commissaire aux comptes est admise si trois conditions sont constatées. La première condition concerne l'exigence d'une situation de blocage. Cette situation peut se manifester par le refus de la part de l'organe dirigeant de transmettre une information nécessaire au directeur financier pour l'exécution de ses fonctions.

La deuxième condition concerne la notion de tiers. La Cour de cassation limite les bénéficiaires de l'alerte au commissaire aux comptes car il est tenu au secret professionnel et ne peuvent porter atteinte à l'intégrité de la société.

La troisième condition est relative au dommage. L'alerte ne doit pas causer un dommage à la société c'est-à-dire qu'elle ne doit pas porter atteinte à l'intégrité de la société. En l'espèce, aucun dommage n'est constaté car le commissaire aux comptes est encadré par le secret professionnel qui lui interdit de porter atteinte à l'intégrité de la société.

Par conséquent, par cet arrêt, la Cour de cassation considère comme valide le droit d'alerte du directeur financier auprès des commissaires aux comptes lorsqu'une situation de blocage de l'information est constatée.

Conclusion du 1^{er} chapitre

79. – La production de l'information comptable exige d'élaborer l'information comptable, puis de l'exploiter.

Le directeur financier doit tout d'abord élaborer une information comptable fidèle à la situation de l'entreprise. L'élaboration de l'information consiste pour le directeur financier à traiter l'information comptable et à élaborer les comptes annuels conformément aux dispositions légales. Selon les principes comptables, l'information doit être complète, pertinente significative et sincère. Cette obligation d'élaboration de l'information doit être qualifiée d'obligation de moyens compte tenu du degré d'aléa présent lors de son exécution. Toutefois, les magistrats estiment que le directeur financier est tenu d'une obligation de moyens renforcée justifiée par son expérience et ses connaissances. Parfois, cette obligation peut être aggravée par une obligation de garantie.

Le directeur financier doit également exploiter cette information afin d'informer l'organe dirigeant. L'exploitation de l'information financière suppose l'élaboration d'analyses financières qui vont permettre d'évaluer la situation financière et la pérennité de l'entreprise. Ces analyses doivent être objectives, précises, fiables et exploitables pour l'organe dirigeant. Sur la base de ces analyses, le directeur financier va informer, conseiller ou alerter l'organe dirigeant. Cette obligation d'information concerne le domaine comptable et fiscal. Elle est qualifiée d'obligation de moyens renforcée compte tenu des compétences et connaissances du directeur financier.

Chapitre II L'obligation de contrôle

80. –La détermination du contenu de l'obligation de contrôle du directeur financier n'est pas aisée car l'obligation de contrôle de la qualité de l'information comptable ne constitue pas l'apanage du directeur financier, plusieurs professionnels du chiffre sont également débiteurs d'une telle obligation. L'obligation de contrôle du directeur financier, apparemment identique à celles des autres professionnels du chiffre (**Section I**) se révèle être spécifique aux fonctions du directeur financier (**Section II**).

Section I Une obligation de contrôle générique aux professionnels du chiffre

81. –Les professionnels du chiffre vont effectuer des contrôles (**Paragraphe I**) et mettre en place des procédures de contrôle afin de garantir la fiabilité des comptes (**Paragraphe II**).

Paragraphe I La nature des contrôles

82. –Les contrôles effectués par le directeur financier portent sur la régularité de la comptabilité (**I**), ainsi que sur la qualité des comptes (**II**).

I) Le contrôle de la régularité de la comptabilité

83. –La régularité de la comptabilité suppose pour le directeur financier de contrôler l'enregistrement des opérations (**A**), et d'exercer une obligation de supervision (**B**).

A) L'obligation de contrôle de l'enregistrement des opérations

84. –Le directeur financier exerce une obligation de contrôle sur la régularité de la comptabilité. Son contrôle s'effectue sur l'enregistrement de la comptabilité. Il va s'assurer que les étapes de l'élaboration de l'information respectent les dispositions légales. Cette obligation de contrôle est affirmée par un arrêt non publié par la Cour de cassation¹⁴⁶. En l'espèce, Monsieur B était chargé, au titre d'un contrat de travail, de la direction financière de la société. Les juges du fond, dont le raisonnement a été confirmé par les juges de la Cour de cassation ont affirmé « *qu'en sa qualité de directeur financier, et de la mission qui lui était confiée dans son contrat de travail, M. B se devait de contrôler la bonne application des règles comptables* ». Les juges ont constaté que cette obligation était contractuelle car elle résultait « *de la mission qui lui avait été confiée dans son contrat* », il s'agissait donc d'une obligation, explicitement envisagée par les parties. Les juges ont ajouté que le directeur financier devait respecter cette obligation du fait de sa qualité de directeur financier. Cette précision apportée par les juges n'était pas utile au raisonnement car l'obligation de contrôle était expressément prévue dans le contrat. Les juges ont donc tenu à préciser que même en l'absence de mention explicite dans le contrat de l'obligation de contrôle, celle-ci résultait de la qualité de directeur financier. Selon cet arrêt, cette qualité de directeur de la finance impose au directeur financier l'obligation de contrôler l'application des dispositions légales. Cette obligation ne peut être exclue de sa fonction car elle résulte de son essence.

Cette obligation de contrôle de l'application des dispositions légales inhérente à la fonction du directeur financier est similaire à celle de l'expert-comptable. L'expert-comptable va intervenir à la demande de l'organe dirigeant sur des missions comptables. Les missions de l'expert-comptable ont été définies par le législateur. Au titre de ces missions légales, l'expert-comptable est tenu de contrôler la régularité de la comptabilité¹⁴⁷.

Par conséquent, l'expert-comptable et le directeur financier sont débiteurs d'une obligation de contrôle similaire concernant la régularité de la comptabilité.

¹⁴⁶ Cass. soc, 30 novembre 2010, n°09-42.773, inédit.

¹⁴⁷ Normes professionnelles NP 2300 Norme agréée par arrêté ministériel le 20/06/2011, applicable aux exercices ouvert à compter du 1^{er} janvier 2012.

85. –La question se pose de définir le contenu du contrôle. Ce contrôle a été défini au sein de la norme professionnelle NP 2300¹⁴⁸. Selon cette norme, l'objectif de ce contrôle est d'apprécier la cohérence et la vraisemblance des comptes¹⁴⁹. Cela implique pour les professionnels du chiffre de vérifier que les comptes ne comportent pas d'anomalie. Le terme anomalie désigne, par exemple, une erreur dans l'application du référentiel comptable identifié, l'absence de mention dans l'annexe des comptes du référentiel comptable utilisé, ou des divergences éventuelles dans l'application de ce dernier¹⁵⁰. Le terme vraisemblance désigne le caractère raisonnable d'une information comptable¹⁵¹. Les professionnels du chiffre vérifient également que les procédures d'organisation de la comptabilité sont conformes aux dispositions légales¹⁵². Ils contrôlent notamment l'existence et la mise à jour des livres comptables obligatoires prévus par le Code de commerce. Lors de la clôture des comptes, ils vérifient l'enregistrement des écritures comptables d'inventaire ainsi que les informations contenues dans l'annexe¹⁵³.

B) L'obligation de supervision

86. –Cette obligation de contrôle du directeur financier et de l'expert-comptable n'est pas limitée à un simple examen de la comptabilité. Ce contrôle est exécuté dans le cadre d'une obligation de supervision de la comptabilité. Cette obligation de supervision est envisagée au sein des fiches de poste élaborées par l'entreprise « *le directeur financier a pour tâche, notamment, de représenter le directeur général dans le service de la comptabilité, d'assurer le contrôle de la comptabilité et de superviser la comptabilité* »¹⁵⁴. Cette obligation est également envisagée dans le contrat du directeur financier « *le directeur financier a pour obligation contractuelle de superviser la comptabilité* »¹⁵⁵. Pareillement au directeur financier,

¹⁴⁸ Normes professionnelles NP 2300 Norme agréée par arrêté ministériel le 20/06/2011, applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012.

¹⁴⁹ *Ibid.*, §3.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §4.

¹⁵¹ *Ibid.*, §4.

¹⁵² *Ibid.* §12.

¹⁵³ *Ibid.*, §12.

¹⁵⁴ CA, Dijon, 16 juin 2011, n°16/06/2011.

¹⁵⁵ CA. Colmar, 25 janvier 2007, n°05/04874 ; CA. Lyon, 9 mai 2011, n°10/0041.

l'obligation de contrôle de la fiabilité des comptes exercée par l'expert-comptable est étendue à une obligation de supervision, les juges ont constaté qu' « *attendu que Monsieur X, ne faisait que contrôler la comptabilité, il n'en est pas moins établi qu'il donnait au comptable les instructions nécessaires pour régulariser les erreurs*¹⁵⁶ ». En l'espèce, cette obligation n'était pas prévue par la lettre de mission de l'expert-comptable, les juges l'ont déduit de la nature des fonctions de l'expert-comptable.

87. – Cette obligation de supervision est plus étendue qu'un simple contrôle. Le contrôle consiste à vérifier la conformité à une norme d'une décision, d'une situation ou d'un comportement¹⁵⁷. L'obligation de supervision consiste à contrôler la réalisation du travail accompli par d'autres. Elle a un champ d'application plus large que le contrôle, elle se traduit par l'exercice d'une autorité hiérarchique. Il n'existe pas de définition légale de la notion d'autorité hiérarchique. Afin de saisir le sens de la notion nous pouvons nous appuyer sur les définitions générales des termes autorité et hiérarchie. L'autorité provient du latin *autoritas*, il se définit comme le pouvoir de commander, d'imposer ses volontés à autrui. Le terme « hiérarchie » comprend deux composantes. Le suffixe « -archie » vient du grec *arkhê* « commandement », il est utilisé pour désigner les formes d'organisations politique ou sociale¹⁵⁸. La racine « hier » renvoie au grec *hiéros* qui est une des manières de désigner le « sacré ». Emile Benveniste estime que le sens d'*hiéros* est celui de « fort » qui, par extension signifie « rempli de force par une influence divine »¹⁵⁹. Il désigne « une propriété permanente ou incidente qui peut résulter d'un influx divin, d'une circonstance ou d'une intervention divine ». Le terme « hiérarchie » désigne donc « un commandement d'essence et de puissance sacrées » bien que le titulaire de ce pouvoir de commandement ne soit pas nécessairement de nature divine mais au moins inspiré, agréé, consacré par les Dieux. Par conséquent, on peut déduire de cette étude étymologique que l'autorité hiérarchique se manifeste par un pouvoir de commander sur autrui. La notion d'autorité est indissociable de la notion de pouvoir de commandement. Il ne peut y avoir d'autorité sans pouvoir et de pouvoir sans autorité. L'autorité étant la qualité indispensable que doit détenir le professionnel du chiffre.

¹⁵⁶ CA. Caen, 20 mars 1980, publié au *Bull.CNCC*, n°39/09/1980.

¹⁵⁷ G.Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 10^{ème} éd, PUF, 2014, « contrôle ».

¹⁵⁸ V. ainsi, anarchie, monarchie, oligarchie, dyarchie, patriarchie, synarchie...

¹⁵⁹ Voir, E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes : Pouvoir, droit, religion*, éd. Minuit, 1969, p.192 et s.

Le directeur financier ou encore l'expert-comptable exercent une autorité hiérarchique afin d'ordonner, de décider, de contrôler l'exécution des travaux et sanctionner les fautes commises dans l'accomplissement de la délégation de pouvoir¹⁶⁰.

88. – Cette autorité hiérarchique exercée en premier lieu par l'organe dirigeant se traduit par le fait de donner des ordres aux salariés¹⁶¹ et de contrôler leur travail. Lorsqu'elle est exercée par les professionnels du chiffre, cette autorité est limitée à une obligation de supervision du travail du comptable qui a pour obligation essentielle d'enregistrer quotidiennement les différentes opérations comptables. Les ordres donnés par le directeur financier et l'expert-comptable au salarié se matérialisent par des directives c'est-à-dire des règles qui ont vocation à s'appliquer au sein de l'entreprise. Ces directives vont avoir pour objectif d'orienter le travail des comptables afin qu'ils respectent les dispositions légales. L'obligation de maîtriser le travail demandé est limitée aux activités financières de la société. Les professionnels du chiffre ont pour obligation d'organiser le service financier. Cela consiste à fixer les mesures de fonctionnement, horaires de travail, congés, mesures relatives à l'hygiène et la sécurité. En l'espèce, cette obligation est limitée aux mesures spécifiques du service financier placé sous le contrôle du directeur financier, notamment, la fréquence des réunions, le teneur des réunions, l'organisation du travail par équipe. Les mesures plus générales comme les horaires de travail ou encore les mesures relatives à l'hygiène et la sécurité vont être envisagées par l'organe dirigeant.

89. –Egalement, cette obligation de supervision implique de rédiger des notes de services et des circulaires afin d'organiser le travail des salariés. Ces notes et circulaires sont particulières au service financier et se distinguent donc de celles rédigées par l'organe dirigeant au titre de son pouvoir réglementaire. L'article L.122-39 du Code du travail assimile la note de service à un document complémentaire du règlement antérieur, soumis aux mêmes règles procédurales d'élaboration et de contrôle, si le texte émanant de l'employeur contient des dispositions de nature permanente et générale analogues aux prescriptions du règlement intérieur, en particulier dans les matières mentionnées par l'article L.122-34 du Code du travail. La portée constante et son contenu général permettent à la note de service ou à la circulaire de prendre une nature réglementaire. Les notes de service et les circulaires

¹⁶⁰ Cass.crim. soc. 8 déc. 2009, n°09-82.183 ; Cass.crim. soc. 23 nov.2010 n°09-85.152.

¹⁶¹ M. Despax, « L'évolution du rapport de subordination », Dr, Soc. 1982, p.15.

élaborées par le directeur financier ne sont pas assimilées au règlement intérieur car elles ne concernent pas l'administration générale de l'entreprise, elles ont un objet particulier car elles concernent le service financier. Dans ce cas précis, elles ne constituent une prérogative du pouvoir réglementaire et ne peuvent être assimilées au règlement intérieur puisqu'elles n'ont ni même objet, ni la même autorité¹⁶². Elles ne doivent pas être soumises à la procédure d'élaboration, de contrôle et de publicité prévue par l'article L.122-39 du Code du travail. Le directeur financier dispose donc d'une entière liberté pour rédiger les notes, directives et ordres de service nécessaires à une bonne organisation du travail au sein du service financier. Ces recommandations peuvent faire l'objet de procédures écrites. Ces procédures écrites, ou orales vont permettre au directeur financier d'organiser le contrôle interne, également, mais aussi d'organiser le travail de chaque collaborateur, en décidant, de la tâche à accomplir. Il devient, comme l'employeur, « *source de droit* ». Il est constaté, que les procédures édictées par le directeur financier, peuvent être de nature différente. Certaines vont être générales et permanentes, elles vont permettre au directeur financier de préciser les modalités d'organisation de l'entreprise et d'ordonner aux collaborateurs du service d'adopter un comportement spécifique. Egalement, les circonstances économiques et sociales propres au service financier, peuvent conduire le directeur financier à élaborer des règles individuelles lors, notamment, de la modification des rythmes de production ou l'installation d'un nouveau logiciel. C'est notamment, le cas, après la transmission des comptes annuels aux impôts et au greffe, le rythme des collaborateurs comptables peut être diminué.

90. –La maîtrise de l'exécution du travail nécessite également de sanctionner et de contrôler le travail du salarié. Afin d'assurer la bonne exécution du travail de ses collaborateurs, le directeur financier va mettre en place des dispositifs de contrôle complexes, adaptés à l'activité financière du service. Ces procédures vont permettre de vérifier que les collaborateurs sont performants et efficaces, notamment, qu'ils respectent les lois et règlements en matière comptable. Le contrôle peut se manifester par des procédures de vérification du travail des collaborateurs. Ce pouvoir relatif au contrôle est primordial pour le directeur financier. En effet, en l'absence d'un tel pouvoir, les risques d'erreurs comptables et d'une information financière non conforme aux dispositions légales seraient accrus. Par conséquent, le pouvoir de contrôle du directeur financier est nécessaire afin d'exécuter ses fonctions.

¹⁶² M-F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, éd. LGDJ 1996, p.118.

II) Le contrôle de la qualité des comptes annuels

91. –Le contrôle de la qualité des comptes intervient en amont de la publication des comptes annuels au greffe. Ce contrôle a pour objectif de vérifier que les comptes annuels respectent les principes comptables. Ce contrôle est susceptible d’être effectué par trois professionnels du chiffre à savoir, le directeur financier, l’expert-comptable ainsi que le commissaire aux comptes.

L’obligation de contrôle de la qualité des comptes annuels du directeur financier est déduite par les magistrats de sa qualité de directeur financier. Pareillement au directeur financier, le commissaire aux comptes contrôle la conformité des comptes sociaux aux dispositions légales. Selon l'article L. 823-10, alinéa 1^{er}, du code de commerce, « *les commissaires aux comptes ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur* ». L'alinéa 2 du même texte précise que les commissaires aux comptes « *vérifient également la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration, du directoire ou de tout organe de direction, et dans les documents adressés aux actionnaires ou associés sur la situation financière et les comptes annuels* ». Les commissaires aux comptes ont ainsi pour mission de contrôler les comptes sociaux et les informations comptables et financières.

L’expert-comptable exécute également, une obligation de contrôle de la conformité des comptes sociaux aux dispositions légales. En effet, selon l’ordonnance du 9 septembre 1945 « *est expert-comptable, celui qui est habilité à attester la régularité et la sincérité des comptes de résultats* »¹⁶³.

Au final l’obligation de contrôle des trois professionnels a un objet commun : le contrôle des comptes au regard des principes comptables de sincérité, de régularité et de fidélité.

¹⁶³ Article 2 de l’ordonnance n°45.2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l’ordre des experts comptables et réglementant le titre de la profession d’expert-comptable.

Paragraphe II L'obligation de mettre en œuvre des procédures de contrôle

92. –Le directeur financier et l'expert-comptable ne vont pas se contenter de contrôler la production de l'information comptable, ils doivent également mettre en place des procédures de contrôle, le fondement (I) ainsi que le contenu doivent être envisagés (II).

I) Le fondement de l'obligation

93. –L'obligation de mettre en place des procédures de contrôle implique de la part des professionnels du chiffre d'élaborer et de mettre en place des procédures qui vont leur permettre d'effectuer un contrôle efficace.

Cette obligation ne découle pas de l'essence de la fonction du directeur financier. En effet, l'essence des fonctions du directeur financier se caractérise par la production et le contrôle de l'information. L'obligation de mettre en place des procédures de contrôle permet de garantir l'efficacité de l'obligation essentielle de contrôle de l'information, elle ne permet pas de caractériser l'essence de la fonction du directeur financier. L'absence d'une telle obligation, ne vide pas sa fonction de son sens car elle n'empêche pas le directeur financier d'élaborer et de contrôler l'information financière. A défaut d'être essentielle, l'obligation de mettre en place des procédures de contrôle résulte de la nature des fonctions du financier car elle permet de garantir l'efficacité de l'obligation de contrôle. Cette obligation peut être envisagée explicitement par les parties dans le contrat ou elle peut être déduite par les juges de la nature des fonctions. Cette obligation a été constatée par les juges lors d'un arrêt de la Cour de cassation. Dans cet arrêt, les juges ont constaté que « *le directeur financier doit superviser la comptabilité, mais il doit également, proposer des procédures de contrôle adéquates* »¹⁶⁴. En l'espèce, cette obligation de mise en place de procédures de contrôle n'était pas envisagée expressément par les parties au contrat. Toutefois, les juges ont constaté que la nature des fonctions financières du directeur financier impliquait une obligation de mise en place des procédures de contrôle. Pareillement aux juges de la Cour de cassation, les juges de la Cour administrative ont constaté au sein du contrat « *que le directeur financier a le devoir, compte tenu de sa qualité, de mettre en place des procédures de contrôle et de suivi des dépenses* »¹⁶⁵. Cette jurisprudence applicable au directeur financier fonctionnaire peut être

¹⁶⁴ Cass.soc, 19 mars 1996, n°94-44.143, inédit.

¹⁶⁵ CAA, Versailles, 23 mars 2006, n°04VEO2434, inédit.

transposée au directeur financier d'une entreprise privée car ils exercent des fonctions identiques.

L'expert-comptable est également tenu de mettre en place des procédures de contrôle. Cette obligation est énoncée au sein des normes professionnelles¹⁶⁶.

II) Le contenu de l'obligation

94. –L'organe dirigeant va confier l'exécution de cette obligation aux professionnels du chiffre car ils possèdent les connaissances et l'expérience dans le domaine financier pour mettre en place des procédures de contrôle efficaces afin de garantir la production des comptes aux dispositions légales (**A**). Compte tenu du degré d'aléa présent lors de l'exécution de l'obligation, celle-ci doit être qualifiée d'obligation de moyens (**B**).

1) Le domaine de l'obligation de contrôle

95. –La question se pose ici de déterminer quelles vont être les procédures que les professionnels du chiffre vont mettre en place. Les juges de la Cour de cassation précisent qu'il s'agit de procédures de contrôle adéquates¹⁶⁷. On déduit de cette décision que les procédures doivent être adaptées au but poursuivi qui est la production de l'information financière conforme aux dispositions légales. Les juges nous donnent des indices concernant le fond, mais restent muets concernant la forme.

Concernant le fond, les procédures doivent être en adéquation avec le but poursuivi. Il s'agira pour le directeur financier de mettre en place des procédures qui ont la faculté d'appréhender l'ensemble des risques financiers susceptibles d'entraver la production de l'information financière. Elles doivent permettre d'éviter les irrégularités comptables. A ce titre, les normes professionnelles ont défini les procédures de contrôle à mettre en place lors du contrôle de la régularité de la comptabilité. Elles préconisent de mettre en place des procédures analytiques¹⁶⁸. Ces procédures de contrôle permettent d'apprécier les informations comptables à partir de leur corrélation avec d'autres informations, issues ou non des comptes ou avec des données antérieures, postérieures ou prévisionnelles de l'entreprise. Ces

¹⁶⁶ Normes professionnelles NP 2400 Norme agréée par arrêté ministériel le 20/06/2011, applicable aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2012.

¹⁶⁷ Cass.soc, 19 mars 1996, n°94-44.143, inédit.

¹⁶⁸ Normes professionnelles NP 2300 Norme agréée par arrêté ministériel le 20/06/2011, applicable aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2012 §15.

procédures permettent également l'analyse des variations significatives ou inattendues. Lorsque ces procédures analytiques mettent en évidence des informations qui ne sont pas en corrélation avec d'autres informations, des variations significatives ou des tendances inattendues, les professionnels du chiffre déterminent les procédures complémentaires à mettre en place pour expliquer ces variations et ces incohérences¹⁶⁹.

96. –La norme NP 2400 définit également les procédures de contrôle concernant la conformité des comptes annuels aux dispositions légales¹⁷⁰. Ce contrôle porte sur un examen des principes et des pratiques comptables par la mise en œuvre de procédures analytiques destinées à identifier des évolutions ou des corrélations inhabituelles. Dans le cadre de ces procédures, le professionnel du chiffre est attentif aux éléments qui ont pu faire l'objet d'écriture ou d'ajustement sur l'exercice social, cela suppose de contrôler les procès-verbaux d'assemblées, de participer aux réunions du conseil d'administration afin d'identifier les délibérations ou décisions pouvant avoir une incidence sur les comptes.¹⁷¹

97. –Concernant la forme des procédures de contrôle, aucune précision n'est donnée par les juges. Le directeur financier aura donc le choix de la forme du moment où elle est adaptée au but poursuivi. Généralement, il va utiliser la méthode des sondages. Cette méthode repose sur une approche à la fois statistique, fondée sur la théorie de probabilité, mais aussi sur une approche plus empirique, en raison de la relative impossibilité d'appliquer des méthodes mathématiques complexes au sein des d'entreprise de taille moyenne, voire trop petites¹⁷².

2) La portée de l'obligation de contrôle

98. –Aux termes d'une jurisprudence applicable au directeur financier, il est admis que les professionnels du chiffre ne sont débiteurs que d'une obligation de moyens¹⁷³. L'obligation de moyens est justifiée par l'aléa présent lors de l'exécution de la mission qui ne permet aux professionnels du chiffre de garantir un résultat déterminé. C'est notamment le cas

¹⁶⁹ *Ibid.*, §16.

¹⁷⁰ *Ibid.*, §16.

¹⁷¹ *Ibid.*, § 13.

¹⁷² M. Delhomme, Y. Muller, *Comptabilité et droit pénal*, éd.Litec, 2009, pts.379

¹⁷³ Cass.com., 22 mars 1994, n° 91-20.129, inédit

de l'obligation de contrôle. Le contrôleur ne peut être tenu à une obligation de résultat compte tenu du degré d'aléa présent lors de l'exécution de sa mission. Il ne peut prendre en compte l'ensemble des risques inhérents à la société¹⁷⁴. Il appartient donc au contrôleur de mettre en œuvre efficacement dans le respect des règles de l'art et des normes professionnelles applicables, les vérifications appropriées aux objectifs fixés, avec application, perspicacité et discernement¹⁷⁵.

99. –Cela étant, certaines décisions jurisprudentielles laissent à penser que les professionnels du chiffre sont tenus d'une obligation de moyens renforcée similaire à celle constatée lors de l'exécution de l'obligation d'élaboration d'une information conforme aux dispositions légales¹⁷⁶. Les magistrats déduisent les manquements du professionnel du chiffre du constat des irrégularités comptables. Par conséquent, l'obligation de contrôle de l'information financière ne doit pas être qualifiée d'obligation de moyens mais plutôt d'obligation de résultat. Cette appréciation sévère de l'obligation de contrôle a été constatée dans un arrêt de la Cour de cassation¹⁷⁷. Dans cette affaire, suite à un redressement fiscal, un cabinet d'expertise comptable a été condamné par la Cour d'appel pour inexécution contractuelle. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel constatant que « les irrégularités graves et répétées de la comptabilité tenue par le cabinet d'expertise comptable ne pouvaient échapper à l'attention d'un contrôle normalement diligent et que le cabinet d'expertise comptable aurait dû les détecter à temps pour prévenir les effets dommageables ». Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par la haute juridiction reprochant au professionnel du chiffre « *de s'être abstenu de rechercher si les détournements pouvaient être décelés au terme d'un contrôle normalement diligent de l'expert-comptable* »¹⁷⁸. Récemment, la Cour de cassation a condamné pour inexécution contractuelle un cabinet d'expertise comptable qui n'avait pas décelé les irrégularités lors de l'exécution de son obligation de contrôle. La cour estime que le cabinet a « *manqué à son devoir de vigilance, une telle situation ne pouvant lui échapper, s'il avait exercé un contrôle conforme aux normes*

¹⁷⁴ M. Delhomme, Y. Muller, *Comptabilité et droit pénal*, éd. Litec, 2009, pts.367.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Supra*, § 48.

¹⁷⁷ Cass.civ., 28 avril 1993, n°90-16.367, inédit.

¹⁷⁸ Cass.com, 13 janv.1998, n°35-18.993, inédit.

professionnelles »¹⁷⁹.

Par ces décisions, la Cour de cassation impose, alors une obligation de moyens renforcée aux professionnels du chiffre concernant l'obligation de contrôle de l'information comptable. Elle apprécie sévèrement le comportement du professionnel du chiffre. Le seul constat des irrégularités suffit pour affirmer que le professionnel n'a pas été diligent. La Cour base son appréciation sur les compétences et les connaissances du professionnel. Elle estime que compte tenu de ses compétences, il doit déceler les irrégularités comptables et elle n'hésite pas à le condamner dès qu'elle constate une irrégularité. Cette jurisprudence est critiquable. Compte tenu de l'aléa présent lors de l'exécution de l'obligation de contrôle de l'information financière, le directeur financier ne peut assurer un contrôle complet de l'information susceptible de déceler toutes les irrégularités. Les diligences imposées par la Cour sont difficiles à mettre en œuvre pour le directeur financier.

¹⁷⁹ Cass.com., 3 juin 2014, n°13-19.350, inédit.

Section II Une obligation de contrôle spécifique au directeur financier

100. –Malgré le constat de plusieurs similitudes concernant l’obligation de contrôle des professionnels du chiffre, l’obligation de contrôle du directeur financier est spécifique à sa fonction (**Paragraphe I**). Le directeur financier contrairement aux autres professionnels du chiffre comporte dans l’intitulé de sa fonction le terme directeur qui signifie « *action de diriger quelque chose, d’administrer, de gérer une entreprise* ». Ainsi, le directeur financier gère la comptabilité et les finances de l’entreprise. Il exerce une obligation de contrôle spécifique à ses fonctions. Toutefois ce contrôle propre à la fonction du directeur financier s’articule avec les autres contrôles effectués par les professionnels du chiffre afin de constituer une garantie de régularité de la conformité des comptes (**Paragraphe II**).

Paragraphe I La détermination de la spécificité de l’obligation

101. –Le contrôle du directeur financier se distingue de celui des autres professionnels du chiffre par son fondement (I) et son étendue (II).

I) Le fondement de l’obligation de contrôle du directeur financier

102. –L’obligation de contrôle de la conformité des comptes annuels aux principes comptables du commissaire aux comptes et de l’expert-comptable sont envisagés expressément par les articles L. 823-10 du Code de commerce et l’article 2 de l’ordonnance n°45-2138 du 19 sept 1945 portant institution de l’ordre des experts comptables et réglementant le titre de la fonction d’expert-comptable.

Il n’existe aucun texte équivalent concernant l’obligation de contrôle de la conformité aux principes comptables des comptes du directeur financier. La question se pose de l’origine de l’obligation du directeur financier.

103. –L’obligation de contrôle de l’information du directeur financier résulte de la qualité de directeur financier. Les juges estiment que sa qualité de directeur de la finance

l'oblige à contrôler l'application des règles comptables. Cette obligation n'est pas déduite de la nature des fonctions du directeur financier, elle résulte de l'essence de ces fonctions. Le caractère essentiel de l'obligation se révèle lorsque le directeur financier se trouve privé de l'obligation de contrôle. En effet, dans ce cas de figure, les obligations du directeur financier seraient réduites à l'élaboration de l'information. Dans ces conditions il ne pourrait plus être qualifié de directeur financier. En effet, l'absence de l'obligation de contrôle viderait la fonction de directeur financier de son sens. La fonction de directeur financier disparaîtrait au profit de celle de comptable.

Le caractère essentiel de l'obligation n'est pas le seul élément qui nous permet de confirmer que le directeur financier exerce une obligation de contrôle spécifique. En effet, l'obligation de contrôle du directeur financier se distingue par un champ d'application particulièrement étendu, distinct de celui des autres professionnels du chiffre.

II) L'étendue de l'obligation de contrôle du directeur financier.

104. –L'étendue du contrôle exercé par le directeur financier sur la régularité de l'organisation comptable et sur la conformité des comptes annuels aux principes comptables est spécifique au directeur financier.

105. –Elle se distingue d'une part par l'étendue des contrôles exercés par l'expert-comptable. L'expert-comptable effectue trois catégories de contrôle. Lorsqu'il est investi d'une mission de présentation des comptes, son contrôle est limité à la régularité de l'organisation de la comptabilité. Il peut également contrôler au titre d'une mission d'examen limité qu'aucun élément ne conduit à considérer que les comptes annuels ne sont pas conformes aux dispositions légales. Le troisième contrôle, celui de l'audit, conduit l'expert-comptable à attester de la régularité des comptes annuels. Le choix du contrôle va être déterminé par la lettre de mission en fonction des besoins de l'organe dirigeant. Le contrôle de l'expert-comptable peut donc être limité soit à un examen de la régularité de la comptabilité, soit à examen de la conformité des comptes. Le caractère limité de la mission de l'expert-comptable a été constaté par les juges « *l'expert-comptable n'est obligé envers son client que dans la limite fixée par la lettre de mission* »¹⁸⁰. En l'espèce, le comptable de la société cliente avait procédé à des détournements par l'imputation de charges fictives et d'acomptes fictifs sur le salaire des employés. « *La responsabilité de l'expert-comptable fut*

¹⁸⁰ Cass. soc, 13 janvier 2011, n°09-13.496, inédit.

écartée en raison du caractère limité de sa mission n'incluant pas une obligation de surveillance et de révision de la comptabilité »¹⁸¹.

Ces limites appliquées au contrôle de l'expert-comptable sont impossibles pour le directeur financier. En effet, l'essence de la fonction du directeur financier est de contrôler la production de l'information comptable, cela suppose de contrôler à la fois la régularité de la comptabilité et la conformité des comptes. L'absence d'un de ces contrôles entraînerait la disparition de la fonction de directeur financier au profit de la fonction de l'expert-comptable.

106. –L'étendue de l'obligation du directeur financier se distingue d'autre part, de l'étendue du contrôle du commissaire aux comptes. Contrairement au directeur financier, le contrôle effectué par le commissaire aux comptes est limité à une certification légale. Les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière. Son contrôle a une étendue plus réduite que celui du directeur financier car le contrôle du commissaire aux comptes porte sur la conformité des comptes annuels, il ne contrôle pas la régularité des opérations comptables. Cette limite du contrôle du commissaire aux comptes est affirmée par un arrêt de la Cour d'appel : *« la certification effectuée par le commissaire aux comptes ne signifie pas qu'il garantit l'exactitude de toutes les opérations comptables mais qu'il a effectué des contrôles suffisants lui permettant d'apprécier la régularité et la sincérité des documents comptables »¹⁸².*

Egalement, l'expert-comptable et le commissaire aux comptes effectuent leur contrôle sur la base d'informations transmises par l'organe dirigeant¹⁸³. Leur contrôle est donc limité aux informations transmises par l'organe dirigeant et il ne consiste pas à vérifier la régularité des informations transmises. Contrairement à l'expert-comptable et au commissaire aux comptes, le directeur financier dirige les finances de l'entreprise, il va collecter l'information comptable. Par conséquent, il contrôle la régularité de l'information dès la collecte et le traitement de celle-ci et il n'est donc pas limité aux informations transmises par l'organe dirigeant.

¹⁸¹ CA, Paris, 15^{ème} chambre, 2 mai 1997, *Juris-data* n°023476.

¹⁸² CA, Bordeaux, 9 février 1976, *Bull.CNCC*, 1976, n°22 p.169.

¹⁸³ Ordre des Experts-comptables, « Référentiel normatif des professions de l'expert-comptable », 2013, p.91.

Paragraphe II L'articulation des obligations de contrôle

107. –Le directeur financier, l'expert-comptable et le commissaire aux comptes sont débiteurs d'une obligation de contrôle des comptes. La question qui se pose ici, est de déterminer dans quelles conditions les obligations de contrôle des professionnels du chiffre peuvent s'articuler (I). L'articulation des différents contrôles exige pour le directeur financier de collaborer avec les professionnels du chiffre (II).

I) Les conditions de l'articulation des contrôles

108. –Le directeur financier doit articuler son contrôle avec celui exercé par l'expert-comptable (A), ainsi que celui du commissaire aux comptes (B)

A) L'articulation du contrôle de l'expert-comptable et du directeur financier

109. –Préalablement à la détermination des modalités concernant l'articulation des contrôles exercés par le directeur financier et l'expert-comptable, il convient de déterminer s'il est possible pour l'expert-comptable d'exercer un contrôle de la comptabilité alors qu'un directeur financier est déjà titulaire d'une telle mission.

Les dispositions légales ne prévoient pas une telle interdiction. En effet, la fonction du directeur financier n'est réglementée par aucun texte, elle n'est donc pas reconnue comme une fonction par le droit. Il ne dispose d'aucun monopole dans l'exercice de ses fonctions donc il est possible pour l'organe dirigeant de faire appel à un expert-comptable afin d'effectuer un contrôle en sus de celui exercé par le directeur financier. Néanmoins, la présence d'un expert-comptable ne doit pas priver le directeur financier de ses obligations de contrôle qui constituent l'essence de sa fonction. Par conséquent, l'expert-comptable peut exercer une obligation de contrôle en sus de celle exercés par le directeur financier.

De plus la présence d'un expert-comptable présente un intérêt pour l'entreprise car il permet de diminuer les risques d'erreurs comptables et de garantir la fiabilité des comptes. Il existe plusieurs possibilités d'articulation.

La première articulation possible se caractérise par l'exercice de deux contrôles distincts, c'est-à-dire que le directeur financier et l'expert-comptable vont chacun effectuer leur contrôle. L'intérêt d'effectuer deux contrôles distincts est de pouvoir confronter leur résultat afin de s'assurer de la fiabilité des comptes. Cette articulation a un avantage car elle diminue considérablement les risques d'irrégularités comptables. L'inconvénient principal est

l'inefficacité des bénéfices de l'articulation car la comparaison des deux contrôles peut se révéler difficile. En effet, les professionnels du chiffre peuvent effectuer des choix de méthodes comptables différents qui ne rendent pas la comparaison des résultats facile.

La deuxième articulation possible est d'effectuer un seul contrôle. Cela implique pour le directeur financier et l'expert-comptable de travailler en collaboration et de se répartir les tâches. A titre d'illustration, on peut imaginer que l'expert-comptable contrôle la régularité de l'enregistrement et le directeur contrôle la fidélité des comptes annuels.

B) L'articulation du contrôle de directeur financier et du commissaire aux comptes

110. –Lorsque la société dépasse certains seuils, un commissaire aux comptes est nommé. Il va certifier la fidélité, la sincérité ainsi que la régularité des comptes. Sa certification intervient subsidiairement au contrôle du directeur financier. Le commissaire aux comptes rend compte de sa mission dans un rapport argumenté dans lequel il exprime et justifie son opinion sur la régularité, la sincérité des comptes. Il va certifier sans réserve de la régularité et de l'image fidèle, il peut également émettre des réserves ou refuser la certification. Contrairement au rapport de l'expert-comptable, la certification élaborée par le commissaire aux comptes est publiée et communiquée. En effet, ce rapport est communiqué à l'assemblée générale des actionnaires puis déposé au greffe du Tribunal de commerce. Le directeur financier n'a donc pas la possibilité de rectifier les erreurs et les incohérences soulevées par le commissaire aux comptes. Par conséquent, la dualité des contrôles est valide. Celle-ci est même obligatoire, lorsque la société dépasse certains seuils.

Pour que l'articulation des différents contrôles soit efficace, le directeur financier doit collaborer avec les professionnels du chiffre. Cette collaboration nécessite l'exécution de certaines obligations qui doivent être déterminées.

II) Les conditions de la collaboration

111. –Le directeur financier doit collaborer avec l'expert-comptable et le commissaire aux comptes. Ce devoir de collaboration implique de la part du directeur financier de fournir toutes les informations nécessaires aux professionnels du chiffre pour qu'ils puissent exercer leur contrôle. Certains auteurs définissent le devoir de collaborer avec les professionnels du chiffre comme l'investissement personnel des dirigeants et des directeurs financier, aux côtés des professionnels et dans l'intérêt de l'entreprise, en vue de parvenir à l'exécution la plus fiable possible de la mission confiée aux professionnels. Cette obligation a été reconnue par

les juges dans un arrêt de la Cour de cassation¹⁸⁴. En l'espèce, lors d'une cession de contrôle par la société, l'expert-comptable ainsi que le commissaire à la transformation avait vu leur responsabilité mise en cause. Les professionnels du chiffre reprochaient au dirigeant ainsi qu'au directeur financier de ne pas avoir satisfait à leur obligation d'information concernant notamment « *les engagements de nature à justifier l'inscription d'une provision pour charges ou pour risques* ». Lors de l'analyse de leur responsabilité les juges du fond ainsi que la Cour de cassation ont souligné l'existence d'un « *devoir de coopération* » ou « *de collaboration* » avec les professionnels du chiffre, ce devoir incomberait aux dirigeants mais aussi à certains cadres de l'entreprise. Les juges de la Cour de cassation ont cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour préciser qu'un « *directeur administratif et /ou financier* », salarié de l'entreprise pouvait se voir opposer également la méconnaissance de ce devoir.

112. –Les juges ont reconnu un devoir de collaboration et coopération à l'égard du directeur financier. La question qui se pose est de déterminer le fondement ainsi que le contenu de cette obligation. L'obligation de coopération se fonde sur l'article 1134 du Code civil qui oblige chaque partie à exécuter le contrat de bonne foi. En l'espèce, cette obligation incombe en premier lieu à l'organe dirigeant. En effet, la lettre de mission est conclue entre l'expert-comptable et la société. Par conséquent, c'est l'organe dirigeant représentant de la personne morale vis-à-vis des tiers qui va être débiteur de l'obligation de collaboration implicitement consacrée par l'article 1134 du Code civil. Néanmoins, en l'espèce, les juges ont étendu cette obligation au directeur financier. Dans les faits, le directeur financier, était « l'interlocuteur » de l'expert-comptable. Ce constat résulte de la nature de ses fonctions financières et comptables. En effet, ses obligations de contrôle des comptes sont similaires à celles de l'expert-comptable, donc, il est nécessaire que les deux professionnels collaborent afin de permettre à la société de présenter des comptes fidèles

Les termes de « collaboration et coopération » employés par les juges, nous permettent de déduire une obligation qui va au-delà de la délivrance d'une information brute concernant la situation financière de l'entreprise ainsi que les engagements contractuels, financiers et plus largement patrimoniaux de l'entreprise. Au titre de ce devoir de collaboration et coopération, le directeur financier doit fournir les informations ainsi que les explications qui vont permettre au professionnel du chiffre de comprendre la situation financière et comptable de

¹⁸⁴ Cass.com., 10 déc.2013, n°11-22188, 11-22712 et 11-25432, *Bull.civ.*, n°182

l'entreprise. Par conséquent, ce devoir implique « un concours actif » de la part du directeur financier, afin de rendre leur mission possible et facile.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

113. –Le directeur financier contrôle la conformité de l'information aux dispositions légales. Cette obligation de contrôle, ne constitue pas l'apanage du directeur financier, plusieurs professionnels du chiffre sont débiteurs d'une obligation de contrôle apparemment identique. Cette obligation consiste à contrôler l'enregistrement des opérations et la qualité des comptes. Elle ne découle pas de l'essence de la fonction du directeur financier mais elle résulte de la nature de ses fonctions. Elle suppose pour le directeur financier de mettre en place des procédures de contrôle efficaces afin de garantir la production de comptes conformes aux dispositions légales. Le directeur financier est soumis à une obligation de moyens compte tenu de l'aléa constaté lors de l'exécution de ses fonctions. Toutefois, la jurisprudence apprécie sévèrement les manquements du directeur financier à son obligation. Elle estime que le directeur financier ne pouvait ignorer les irrégularités du contrôle compte tenu de ses obligations. Elle consacre alors une obligation de moyens renforcée qui s'apparente à une obligation de résultat.

Malgré le constat de plusieurs similitudes relatives à l'obligation de contrôle des professionnels du chiffre, l'obligation de contrôle du directeur financier est spécifique à sa fonction. La spécificité de cette obligation se matérialise par le fondement et l'étendue de l'obligation de contrôle du directeur financier. Ce contrôle spécifique au directeur financier s'articule avec les autres contrôles effectués par l'expert-comptable et le commissaire aux comptes.

Conclusion du Titre I

114. –Les fonctions traditionnelles du directeur financier se définissent, dans un premier temps, par une obligation essentielle de production des comptes. Cette obligation est similaire à celle de l’expert-comptable. Elle consiste à élaborer une information comptable fidèle à la situation financière de l’entreprise. Le directeur financier va exploiter les données comptables afin de déterminer la situation financière et la pérennité de l’entreprise. Ces informations sont nécessaires à l’organe dirigeant pour définir la politique financière. Cette obligation de production des comptes est complétée par une obligation accessoire qui impose au directeur financier d’informer, de conseiller ou de mettre en garde l’organe dirigeant.

Les fonctions traditionnelles du directeur financier se définissent dans un second temps, par l’obligation essentielle de contrôler la fidélité des comptes. Ce contrôle est spécifique au directeur financier. Même si l’obligation de contrôle comporte des similitudes avec celle des autres professionnels du chiffre, elle s’en distingue par son fondement et son étendue. Cette obligation de contrôle essentielle à la fonction du directeur financier est complétée par une obligation accessoire de mise en place de procédures de contrôle.

TITRE II Les fonctions modernes du directeur financier

115. –Depuis quelques années, les fonctions du directeur financier ont évolué vers des missions dévolues généralement à l'organe dirigeant. Afin de démontrer l'évolution des fonctions du directeur financier vers celles de mandataire social, il est nécessaire de définir, brièvement, les fonctions des organes sociaux.

La loi définit ces organes et leur fonction. Elle prévoit trois grandes catégories d'organes sociaux chargés respectivement de gérer, d'administrer et de diriger l'entreprise. Tous sont juridiquement des mandataires investis d'un mandat que l'on qualifie de social parce qu'il est censé leur être conféré, directement ou indirectement, par la société elle-même. Le mandat social se définit comme le fait de gérer la société en son nom et pour son compte. Les actes de gestion sont accomplis dans le respect de l'intérêt social. La notion d'intérêt social n'a pas été définie par le législateur. Certains auteurs ont classiquement défini l'intérêt social ¹⁸⁵ comme une notion à contenu variable, un standard de référence. Sa fonction est double. D'une part, l'intérêt social sert de « *boussole* »¹⁸⁶ aux dirigeants sociaux dans leurs choix et la mise en œuvre de la politique sociale, d'autre part, cet intérêt constitue « *un contrepoids nécessaire au contrôle* »¹⁸⁷, il « *répond naturellement à une inquiétude que les associés ont toujours connu en face du pouvoir des dirigeants* »¹⁸⁸. D'autres auteurs

¹⁸⁵ Sur cette notion, V.J. Shapira, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.*1971 ,p.957 ; D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP* 1994 éd. EI488 ; J-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.*1996, p.595 ; A. Pirovano, « La boussole de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*1997. Chron.189 ; C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *PA*, 9 nov.2000, p.6.

¹⁸⁶ L'expression est de M.Crozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Dr. Soc.*, Lexis Nexis, 2014, p.147.

¹⁸⁷ C.-J. Berr, *La place de la notion de contrôle en droit des sociétés*, Mélanges Bastian, p.1-14.

¹⁸⁸ M.Germain, « l'intérêt commun des actionnaires », in Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », *cah dr.ent.*, avr.1996, p.13.

distinguent l'intérêt social de la société et l'intérêt social des actionnaires¹⁸⁹. L'intérêt social de la société tient à sa pérennité et à sa continuité tandis que l'intérêt social des associés se traduit par le développement des richesses. Par conséquent, au titre de son mandat social, le dirigeant doit prendre des décisions de gestion dans l'intérêt de la société et des associés, il va également, représenter la société vis-à-vis des tiers.

116. –Le dirigeant n'est plus le seul à exécuter les fonctions de mandataire social. Dans les faits, le directeur financier exerce également de telles fonctions.

L'objectif de ce titre, est de démontrer que le directeur financier n'est plus cantonné à ses fonctions traditionnelles de production de l'information comptable mais qu'il est désormais investi d'une mission générale concernant la gestion de l'entreprise dans son ensemble. Ce nouveau rôle proche de celui du dirigeant se traduit par une modernisation de ses fonctions traditionnelles de production de l'information financière (**chapitre I**), ainsi que par une modernisation de ses fonctions traditionnelles de contrôle (**chapitre II**).

¹⁸⁹ G. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social ; Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p.35.

Chapitre I La modernisation des obligations de production

117. –La quête d’une image toujours plus fidèle de la situation financière est la priorité des entreprises. Cette qualité est gage de pérennité et de croissance. C’est particulièrement, le cas dans les sociétés cotées où la transparence est primordiale pour convaincre les investisseurs d’apporter des fonds. Les exigences de ce devoir de fidélité ont évolué. Cette évolution du devoir de fidélité des entreprises a incité les organes dirigeants à élargir la nature de l’information, à renforcer le contrôle interne et à déployer une diffusion de l’information efficace auprès des partenaires. Cette évolution du concept de fidélité a permis au directeur financier de moderniser ses fonctions traditionnelles pour les adapter à ce nouveau contexte. Le directeur financier ne se contente plus de produire une information financière. Préoccupé au même titre que le dirigeant par la fidélité de l’information, il va étendre ses fonctions traditionnelles de production à un domaine extra-financier (**Section I**). Sa maîtrise de l’élaboration de l’information lui permet d’avoir une aisance lors de la communication avec les partenaires de l’entreprise. Il devient au même titre que le dirigeant, un représentant de la société à l’égard des tiers (**Section II**).

Section I La mutation de l'information financière

118. –La production traditionnelle des comptes va revêtir une dimension stratégique par l'élaboration d'une information extra-financière destinée à renforcer la fidélité des comptes (**Paragraphe I**). La modernisation des fonctions concerne également, la participation du directeur financier à la définition de stratégie de l'entreprise. En effet, nous avons constaté que le directeur financier traditionnel ne participe pas directement à la croissance de l'entreprise, il exploite seulement les informations comptables afin d'informer le dirigeant pour que celui-ci puisse prendre les décisions stratégiques qui s'imposent. Il s'agit au sein de cette section de démontrer que la modernisation des fonctions d'exploitation lui permet de participer à la définition de la croissance (**Paragraphe II**).

Paragraphe I L'élaboration d'une information extra-financière

119. –L'exigence d'étendre l'information financière à une information extra-financière résulte d'un besoin des partenaires de l'entreprise de bénéficier d'une information la plus fidèle possible à la situation financière de l'entreprise. Cette information extra-financière concerne notamment le développement durable. Il est nécessaire pour les partenaires de l'entreprise de connaître la politique environnementale de la société, car celle-ci produit un impact, sur son aspect financier. En effet, l'impact financier du développement durable peut être négatif ou positif. L'impact financier négatif du développement durable est illustré par les risques liés au développement durable qui se concrétisent par exemple par le non-respect d'une norme environnementale ou par des conséquences financières suite à un accident ou une catastrophe écologique entraînant de lourdes conséquences en matière de pollution¹⁹⁰. Egalement, l'impact financier peut être positif c'est le cas lorsque la recherche en matière de

¹⁹⁰ Cabinet PWC., *Développement Durable, Aspects stratégiques et opérationnels*, éd. Francis Lefebvre, 2010, pts. 490.

protection de l'environnement peut engendrer une diminution substantielle des charges, grâce à des économies d'énergie, des gains d'efficacité et moins de gaspillage. Les auteurs parlent de perspective « winwin », la réduction de la pollution tend à réduire les quantités de matières et d'énergies utilisées et donc à accroître la productivité et les finances de l'entreprise¹⁹¹. La production d'une information concernant le développement durable permet aux partenaires de l'entreprise d'avoir accès à une information qui se révèle être plus complète que l'information traditionnelle. Par conséquent, la mutation d'une information financière au profit d'une information mixte est nécessaire afin de renforcer la fidélité de l'information financière (I), cette information concernant le développement durable doit être intégrée par le directeur financier dans les documents comptables (I).

I) La nécessité de renforcer la fidélité de l'information financière

120. – L'information concernant le développement durable permet de renforcer la fidélité de l'information financière. Cette nécessité de produire une information extra-financière a été affirmée par le législateur au sein de dispositions légales (A). Aucune disposition légale ne désigne le directeur financier comme débiteur d'une telle obligation. Toutefois, dans les faits, le directeur financier doit produire une image fidèle de la situation financière de l'entreprise et, à ce titre, il doit élaborer une information extra-financière (B).

A) Le fondement légal

121. – L'obligation de produire une information extra-financière concernant le développement durable se fonde sur des dispositions nationales (1) et européennes (2).

1) Les dispositions nationales

122. – L'article L.225-102-1 du Code de commerce introduit par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, énonce que le rapport de gestion « doit prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de leurs activités ». Egalement, la loi Grenelle I n°2009-967 du 3 août 2009¹⁹² de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement a confirmé l'introduction dans les rapports

¹⁹¹ O. Boiral, « Concilier environnement et compétitivité, ou la quête de l'éco-efficience », *Rev. Française de gestion*, vol.31, n°158 p.163-186.

¹⁹² Loi n°2009-967, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, du 3 août 2009, parue au JO n°179 du août 2009.

annuels des informations relatives aux politiques de développement durable et a étendu cette obligation aux risques ESG (Environnement, social, gouvernance). Cette loi a été complétée par la loi Grenelle II¹⁹³ ayant pour objectif « *d’inviter toutes les entreprises concernées à s’interroger sur les impacts sociaux et environnementaux générés par leur activité pour qu’elles puissent mettre en œuvre les mesures correctrices nécessaires* ».

Cette loi a élargi le dispositif mis en place par la loi NRE de 2001. Elle a étendu les obligations d’information de développement durable à d’autres entreprises que celles dont les titres sont admis aux négociations sur le marché réglementé. En effet, cette loi oblige également les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions non cotées, dont le total de bilan ou le chiffre d’affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils qui ont été fixés par décret en Conseil d’Etat. Cette obligation s’applique également aux sociétés dont les titres sont admis sur un système multilatéral de négociation organisé, notamment Alternext, dès lors qu’elles dépassent les seuils fixés par décret¹⁹⁴.

Cette loi a élargi le contenu de l’information aux « *engagement sociétaux en faveur du développement durable* ». De plus ces informations doivent être comparables entre l’exercice clos et l’exercice précédent. La loi prévoit également une vérification, par un organisme tiers, des données. A compter de l’exercice clos au 31 décembre 2012 et pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur le marché réglementé, les informations extra-financières dont la diffusion est obligatoire doivent être vérifiées par « *un organisme tiers indépendant* »¹⁹⁵.

Pour finir, l’article 12 de la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l’allégement des démarches administratives (dite Warsmann IV) a apporté quelques modifications notamment, elle a dispensé certaines filiales de l’obligation de reporting extra-financier et elle a modifié le contenu de l’information des sociétés cotées et non cotées.

2) Les dispositions européennes

¹⁹³ Loi n°2010-788 portant engagement national pour l’environnement, du 12 juil.2010 parue au JO n°160 du 13 juil.2010.

¹⁹⁴ Décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale du 26 avr.2012. publié au JO., n°0099

¹⁹⁵ Les modalités d’application de ces obligations ont été fixées par le décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence en matière sociale et environnementale.

123. –A partir des années 2000, la Commission européenne s'est intéressée à la nécessité de produire une information extra-financière concernant le développement durable. Cet intérêt de la commission pour la production d'une information extra-financière s'est illustré par une recommandation¹⁹⁶ au sein de laquelle la Commission européenne a appelé les sociétés à être davantage transparentes sur l'environnement dans leur rapport annuel et dans leur rapport consolidé de gestion. Par cette recommandation, la Commission européenne a constaté la nécessité d'harmoniser les règles concernant les informations environnementales. Elle a affirmé « *l'absence de règles explicites a contribué à créer une situation dans laquelle les différentes parties prenantes, autorités de réglementation, investisseurs, analystes financiers et publics en général, sont susceptibles de considérer les informations environnementales divulguées par les sociétés comme inadéquates ou peu fiables* »¹⁹⁷. Poursuivant ses réflexions concernant le développement durable, la Commission a publié en 2001 le Livre vert intitulé « *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* »¹⁹⁸, au sein duquel elle définit la notion de responsabilité sociétale « *comme un concept selon lequel les entreprises intègrent les problèmes sociaux et environnementaux dans leurs opérations commerciales, et dans leur interaction volontaire avec les parties intéressées* »¹⁹⁹. Elle confirme la nécessité pour les entreprises d'adopter « *une information transparente concernant les résultats des entreprises dans le domaine social ou celui de la protection de l'environnement* »²⁰⁰. Ces divers travaux ont abouti à l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de la directive 2003/51/CE²⁰¹, qui a notamment modifié la

¹⁹⁶ Recommandation de la Commission 2001/453/CE concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés : inscription comptable, évaluation et publication d'information du 30 mai 2001, JOCE L 156 du 13 juin 2001, p.33.

¹⁹⁷ *Ibid.*, considérant.4.

¹⁹⁸ Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, Livre vert, juillet 2001.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.8.

²⁰⁰ *Ibid.*, p.67 §62.

²⁰¹ Directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de société, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance adopté le 18 juin 2003 : JOUE L 178 du 17 juillet 2003, p.16. Cette directive a été abrogée et remplacée par la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférent de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JOUE L 182 u 29 juin 2013, p.19) qui ont été adoptées le 26 juin 2013 et sont entrée en vigueur le 20 juillet 2013.

directive 78/660/CE sur les comptes annuels consolidés afin de poser les bases d'une information de nature extra-financière dans les rapports de gestion, y compris dans les rapports consolidés. Cette directive a modifié l'article 46 §1, b) de la directive 78/660/CEE²⁰². Elle envisage que « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société, l'analyse comporte des indicateurs clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel* ».

124.—Récemment, la Commission européenne sous l'égide de Monsieur Barnier, commissaire au marché intérieur, a proposé un projet de directive concernant « *la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes* »²⁰³. Cette directive modifie les directives comptables (quatrième et septième directives comptables) traitant respectivement des comptes annuels et consolidés, 78/660/CEE et 83/349/CEE). Ce projet de directive concerne la mise en place d'un rapport extra-financier²⁰⁴. La commission indique dans sa communication que « *son objectif est d'accroître la transparence et la performance des entreprises de l'UE sur les questions environnementales et sociales, et, par conséquent de contribuer efficacement à la croissance économique au long terme et l'emploi* »²⁰⁵. L'objectif poursuivi par la commission est d'instaurer l'obligation pour certaines grandes sociétés de publier des informations non financières pertinentes, notamment sur la diversité, « *afin de créer des conditions égales pour toutes sociétés au sein de l'Union* »²⁰⁶. Il s'agit ici de produire une image la plus complète des résultats et des risques dans le rapport de gestion²⁰⁷. La commission souhaite renforcer la

²⁰² Art. 1-14 b) de la Directive 2003/51/ CE.

²⁰³ Commission européenne, Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant les directives 78/660/ CEE et 83/349/CEE du conseil en ce qui concerne la publication d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains grands groupes. Strasbourg le 16/04/2013. Com.(2013) 207 final 2013/0110 (COD).

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ Commission européenne, *ibid.*, p.3.

²⁰⁶ *Ibid.*, p.2.

²⁰⁷ *Ibid.*, p.10 §5.

cohérence et la comparabilité des informations non financières publiées dans l'UE²⁰⁸ et la nécessité et l'importance²⁰⁹ de coordonner les dispositions nationales relatives à la publication de telles informations par les sociétés qui opèrent dans plus d'un Etat membre. Ce projet de directive a permis au Parlement et au Conseil de publier le 22 octobre 2014 la directive 2014/95/UE modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'une information non financière et d'information relative à la diversité des grandes entreprises et certains groupes²¹⁰.

125. –Par cette directive, le législateur européen a souhaité étoffer les exigences des articles 19 et 29 de la directive 2013/34/UE traitant de la publication d'informations non financières de type environnemental, social, salarial et relatives aux droits de l'Homme. Cette directive a inséré un nouvel article au sein de la directive 2013/34/UE. Ce nouvel article 29 bis intitulé « Déclaration non financière »²¹¹ élargit le champ d'application de l'obligation de

²⁰⁸ *Ibid.*, p.10 §6.

²⁰⁹ *Ibid.*, p.10 §4.

²¹⁰ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil adopté le 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'information relatives à la diversité pour certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE L.33/01 du 11 novembre 2014.

²¹¹ Article 29 bis de la directive 2013/34/UE modifiée par la directive 2014/95/ UE : Les entreprise d'intérêt public qui sont des entreprises mères d'un grand groupe ou qui sont des entités d'intérêt public dépassant, à la clôture de leur bilan, le critère moyen de 500 salariés sur l'exercice ». Le contenu du rapport est également précisé. Les entreprises devront inclure dans leur déclaration non financière les informations, nécessaires à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité , relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'Homme et de lutte contre la corruption y compris :

- a) une brève description du modèle commercial de l'entreprise ;
- b) une description des politiques appliquées par l'entreprise en ce qui concerne ces questions, y compris les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre ;
- c) les résultats de ces politiques ;
- d) les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques ;
- e) les indicateurs clés de performance de nature non financière concernant les activités en question.

Lorsque l'entreprise n'applique pas de politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs de ces questions, la déclaration non financière comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant.

La déclaration non financière visée au premier alinéa contient également, le cas échéant, des renvois aux montants indiqués dans les états financiers annuels et des explications supplémentaires y afférant.

diffusion d'une information non financière aux entreprises d'intérêt public de plus de 500 salariés. Le principe de « comply or explain » (« appliquer ou expliquer ») a été tempéré par l'introduction de la notion de nécessité. Les entreprises ne devront publier que les informations qui sont nécessaires à la compréhension des développements, de la performance ou de la position de l'entreprise. Si l'entreprise décide de ne pas publier une information, elle doit introduire dans sa déclaration une explication claire et motivée des raisons le justifiant. Egalement, une disposition dite de « safe harbour²¹² » a été introduite. Cette disposition autorise une entreprise à ne pas publier certaines informations si elle estime que cela porte préjudice à ses intérêts commerciaux. Elle a ajouté la possibilité de publier le rapport non financier de façon séparée sur le site Internet de l'entreprise dans les douze mois après la date de la clôture de l'exercice.

La directive doit être transposée par les Etats membres. Ils ont l'obligation de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 6 décembre 2016. Nous pouvons en déduire que la transposition de cette directive en France va nécessiter la modification du décret du 24 avril 2012.

B) Les acteurs du développement durable

126. –Le débiteur de l'obligation légale d'information extra-financière est l'organe dirigeant. Aucune disposition légale ne met à la charge du directeur financier une telle obligation, pourtant dans la pratique, il est débiteur d'une obligation d'information relative au développement durable. L'AMF a observé depuis 2010 « *que le processus de reporting de*

Les États membres peuvent autoriser l'omission d'informations portant sur des évolutions imminentes ou des affaires en cours de négociation dans des cas exceptionnels où, de l'avis dûment motivé des membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance, agissant dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues en vertu du droit national et au titre de leur responsabilité collective quant à cet avis, la communication de ces informations nuirait gravement à la position commerciale de l'entreprise, à condition que cette omission ne fasse pas obstacle à une compréhension juste et équilibrée de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité.

Lorsque les États membres exigent la publication des informations visées au premier alinéa, ils prévoient que les entreprises peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, de l'Union ou internationaux et, dans une telle hypothèse, les entreprises indiquent les cadres sur lesquels elles se sont appuyées.

²¹² Règles refuges

l'information non financière est réalisé sous la coordination de la direction financière »²¹³. Elle constate également que « *les interconnexions entre le reporting extra-financier et la direction financière se sont développées* ». Le constat de l'AMF, nous permet d'affirmer que dans le fait le directeur financier est débiteur d'une obligation d'élaboration de l'information extra-financière. La question se pose en l'espèce de la détermination du fondement de l'obligation d'élaboration d'une information extra-financière par le directeur financier.

Cette obligation ne résulte pas de l'essence du directeur financier car l'essence de ses fonctions est définie par la production et le contrôle de l'information comptable. En effet, il faut distinguer l'élaboration de l'information financière qui résulte de l'essence des fonctions du directeur financier et l'élaboration de l'information extra-financière qui est exclue de l'essence. La distinction repose sur la nature essentielle de l'obligation de l'information financière qui constitue le fondement de la fonction du directeur financier. L'absence de cette obligation viderait sa fonction de son sens. Ce n'est pas le cas de l'obligation d'élaboration de l'information extra-financière. Cette obligation ne peut donc pas être qualifiée d'obligation essentielle pour le directeur financier, toutefois, on peut se demander si cette obligation d'élaboration de l'information extra-financière peut être déduite de la nature des fonctions financières du directeur financier.

Afin de pouvoir déterminer le fondement de cette obligation, il faut déterminer son objet. L'objet de l'élaboration de l'information extra-financière est de compléter l'information financière ainsi que de fournir des éléments complémentaires concernant la situation de l'entreprise. Elle permet de garantir la fidélité de l'image de la situation financière de la société. Par conséquent, l'obligation d'élaborer une information extra-financière résulte de la nature financière des fonctions du directeur financier car elle permet au directeur financier d'élaborer des comptes reflétant de manière fidèle la situation de la société.

Par ailleurs, tous les directeurs financiers ne sont pas débiteurs d'une obligation d'information relative à la responsabilité sociétale et environnementale. Il faut qu'ils exercent leur fonction dans une catégorie spécifique de société. Cette obligation s'applique pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, aux exercices ouverts après le 31 décembre 2011. Cette obligation est étendue aux sociétés non cotées dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires est au minimum de 100 millions d'euros et dont le

²¹³ Autorité des marchés financiers « Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale », 5 nov. 2013, p.27, § 3.1.2 les acteurs de la RSE au sein des sociétés.

nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est au moins de 500.

II) L'intégration de l'information extra-financière aux informations traditionnelles

127. –Le directeur financier doit introduire l'information extra-financière au sein des documents comptables (A). La question se pose ici de déterminer si le directeur financier a les compétences ainsi que les outils pour intégrer de manière pertinente cette information extra-financière aux documents comptables existants (B).

A) La modification des documents comptables

128. –Le directeur financier doit intégrer l'information extra-financière aux documents comptables annuels (1). Il doit également insérer le développement durable dans l'information qu'il diffuse ponctuellement à l'organe dirigeant concernant la situation financière de la société (2).

1) Les documents comptables annuels

129. –Il faut déterminer le contenu (a) ainsi que les modalités des documents annuels (b).

a) Le contenu des documents annuels

130. –L'information environnementale apparaît dans deux documents : le rapport de gestion des sociétés cotées (a-1) et l'annexe (a-2) des comptes annuels.

a-1 Le rapport de gestion

131. –Le rapport de gestion comporte « *dans la mesure du nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation des entreprises, des indicateurs-clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique des entreprises, notamment des informations relatives aux*

questions d'environnement et de personnel »²¹⁴. Le contenu du rapport de gestion est envisagé dans le décret du 24 avril 2012 n°1012-557 en matière sociale et environnementale retranscrit aux articles R.225-104 à R.225-102-2 du Code de commerce. Le rapport de gestion doit rendre compte de la manière dont la société cotée prend en considération les conséquences sociales et environnementales de son activité²¹⁵. Il comprend des informations sociales, environnementales ainsi que des informations relatives aux engagements sociaux en faveur du développement durable. Les informations sociales concernant l'emploi²¹⁶ notamment l'effectif total et la répartition des salariés par sexe, par âge et par zone géographique, les embauches et les licenciements ainsi que les rémunérations et leur évolutions. Le rapport contient des informations concernant l'organisation du temps de travail ainsi que les relations sociales c'est-à-dire l'organisation du dialogue social²¹⁷. Il doit préciser la politique générale en matière environnementale²¹⁸ notamment « *l'organisation de la société pour prendre en compte les questions environnementales et, le cas échéant les démarches d'évaluation ou de certification en matière d'environnement* »²¹⁹.

Pour être en mesure d'évaluer le développement durable, le directeur financier doit mettre en place des indicateurs. Parmi les indicateurs environnementaux les plus connus, il existe la série des normes ISO 14000 qui comprend des normes outils et des normes certification dont la norme 14001²²⁰, le Protocole G3 de la Global Reporting Initiative (GRI)²²¹ sur l'environnement.

Le rapport doit également mentionner les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et de pollution²²². Il s'agit ici de l'application du principe d'action préventive des atteintes à l'environnement, consacré à l'article L.110-1 II 2° du Code de

²¹⁴ Art.L225-100 al 2 du Code du commerce.

²¹⁵ Loi n°2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques dite loi NRE, art.116 transposé à l'art L.225-102-1, al.5 du Code de commerce.

²¹⁶ Art.R.225-105-1 I 1° du Code de commerce.

²¹⁷ Art.R.225-105-1 I 1°b) et c) du Code de commerce.

²¹⁸ Art.R.225-105-1 2° a) du Code de commerce.

²¹⁹ Art.R.225-105-1 2° a) du Code de commerce.

²²⁰ ISO, La famille ISO 14000 des normes internationales pour le management environnemental, 2009, www.iso.org/iso/fr/theiso1400family_2009.pdf.

²²¹ GRI, Indicateurs & protocoles Environnement, texte consultable sur : www.globalreporting.org/resourcelibrary/French-G3-Environnement-Indicator-Protocols.pdf.

²²² Art.R.225-105-1 I 2° a) du Code de commerce.

l'environnement. Le Conseil constitutionnel a affirmé dans une décision du 8 avril 2011, que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité²²³.

Selon le décret RSE du 24 avril 2012, le rapport de gestion des sociétés doit indiquer les mesures de prévention, de réduction ou de réparation de rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement ainsi que les mesures de prévention, de recyclage et d'élimination des déchets²²⁴.

Le rapport de gestion doit donner des informations sur l'utilisation durable des ressources²²⁵. Il s'agit pour le directeur financier d'indiquer trois catégories d'informations : la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales ; la consommation de matières premières et les mesures prises pour améliorer l'efficacité de leur utilisation ; la consommation d'énergie, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables²²⁶.

Le rapport comprend une rubrique concernant les changements climatiques²²⁷. La lutte contre le changement climatique est la première des cinq finalités du développement durable²²⁸, il est donc nécessaire que le rapport indique les rejets de gaz à effet de serre.

Enfin, le rapport mentionne des informations relatives à la biodiversité²²⁹ notamment les mesures prises pour préserver ou développer la biodiversité. Selon un rapport du Cabinet

²²³ Cons.const., 8 avril 2011, n°2011-116, QPC, considérant 5. Egalement, les parlementaires ont déposé une proposition de loi (Proposition visant à inscrire le préjudice écologique dans le Code civil, Sénat n°546, 23 mai 2012) visant à insérer dans le code civil un art. 1382-1 selon lequel « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à l'environnement, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer. La réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement en nature ». Cette proposition résulte de la position adoptée par le Cour de cassation, le 25 septembre 2012 lorsqu'elle a confirmé la condamnation de Total dans l'affaire du naufrage de l'Erika. Elle approuve les condamnations prononcées par les juges du fond mais elle censure la Cour d'appel concernant le préjudice écologique, elle a considéré que la responsabilité civile de l'affrèteur Total était engagée pour avoir commis une faute de témérité et que celui-ci devait à ce titre être condamné solidairement avec ses coprévenus à en réparer les conséquences (cass.crim., 25 septembre 2012, n°10-82.936 (n°3439 FP-P+B+R+I, D.2012.Actu.2248).

²²⁴ Art.R.225-105-1 I 2° b) du Code de commerce.

²²⁵ Art.R.225-105-1 I 2° c) du Code de commerce.

²²⁶ Art.R.225-105-1 I 2° d) du Code de commerce.

²²⁸ Art.L.110-1 III, du Code de l'environnement.

²²⁹ Art.R.225-105-1 I 2° e) du Code de commerce.

Deloitte paru en septembre 2011, plus de la moitié des sociétés du CAC 40 ont intégré la biodiversité dans leur stratégie globale et près de 65 % publient des informations qualitatives ou quantitatives sur leurs interactions avec la biodiversité²³⁰.

Concernant les informations relatives aux engagements sociaux en faveur du développement durable²³¹, le rapport doit intégrer l'impact territorial, économique et social de l'activité de la société, en matière d'emploi et développement régional et sur les populations riveraines ou locales²³². Il indique également, les relations entretenues avec les personnes, ou les organisations intéressées par l'activité de la société, notamment l'association d'insertion, les établissements d'enseignement, l'association de défense des consommateurs et les populations souveraines. Il précise les conditions du dialogue avec ces personnes ou organisations et les actions de partenariat ou de mécénat²³³. Il comporte une rubrique concernant la sous-traitance et les fournisseurs qui mentionnent la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux sociaux et environnementaux²³⁴. Les sociétés cotées sont tenues de mentionner des informations supplémentaires concernant « l'importance de la gouvernance » ainsi que « la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale ».

a-2 L'annexe

132. –L'annexe est un document comptable annuel qui permet de compléter et de commenter l'information donnée par le bilan et le compte de résultat. Elle doit faire état de tout fait susceptible d'avoir une influence significative sur le jugement des lecteurs de comptes. Le législateur ne donne aucune définition précise concernant la forme des informations à fournir ou encore la notion « *d'information d'importance significative* » devant figurer dans l'annexe²³⁵. Par exemple les données climatiques peuvent constituer une

²³⁰ Cabinet Deloitte conseil, Biodiversité et entreprise : « où en sommes-nous », Etude réalisée entre juillet et août 2011. Elle a été réalisée auprès des entreprises du CAC 40 uniquement à partir de leur document public.

²³¹ Art.R.225-105-1 I 3° du Code de commerce.

²³² Art.R.225-105-1 I 3° a) du Code de commerce.

²³³ Art.R.225-105-1 I 3°.b) du Code de commerce.

²³⁴ Art.R.225-105-1 I 3°.c) du Code de commerce.

²³⁵ Décret n°83-1020, pris en application de la loi du 30 avril 1983, relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés, publié le 29 nov.1983 au JO 1^{er} déc.1983, p.3461. art.24 : « l'annexe doit

information significative. En effet, l'augmentation de la température peut avoir une incidence très forte sur le volume des ventes, notamment pour les producteurs d'énergie mais aussi de bière : « chaque degré Celsius au-dessus de 25 degrés augmente le chiffre d'affaires des brasseurs de 7 % (...). Au final, 20 % de l'économie mondiale sont très exposés aux aléas climatiques et 50 % le sont à un degré moindre »²³⁶.

b) Les modalités des documents annuels

133. –Le directeur financier doit adapter l'information concernant le développement durable en fonction de l'activité de la société. L'article R.225-105 alinéa 2 du Code de commerce énonce « que le rapport indique parmi les informations mentionnées à l'article R.225-105-1, celles qui eut égard à la nature des activités ou à l'organisation de la société, ne peuvent être produites ou ne paraissent pas pertinentes ». Lorsqu'une information ne peut pas être produite ou ne paraît pas pertinente, l'AMF²³⁷ recommande aux sociétés de fournir des explications suffisamment circonstanciées et adaptées à la situation particulière de la société. Pour plus de visibilité, le directeur financier devra intégrer dans le document de référence un tableau de synthèse des informations qu'il ne souhaite pas publier, en distinguant celles qui ne peuvent être produites de celles qui ne lui paraissent pas pertinentes.

Le choix du support de ces informations est laissé à la discrétion des sociétés, si cette information n'est pas présentée dans le document de référence, un renvoi vers le support choisi doit être fait. L'AMF précise que la quasi-totalité des sociétés intègre l'information sur la RSE dans leur rapport de gestion, néanmoins, elles sont environ la moitié à utiliser d'autres supports comme notamment leur site internet²³⁸. Lorsque l'information est répartie entre plusieurs parties du document de référence tels que le site internet de la société, l'AMF recommande à nouveau aux sociétés de la préciser dans leur document de référence via des renvois vers les rubriques ou les supports concernés afin que le lecteur puisse disposer de la vision la plus complète possible de la politique menée en matière de RSE par chaque société.

comporter toutes les informations d'importance significative sur la situation patrimoniale et financière et sur le résultat de l'entreprise »,.

²³⁶ Voir S. Le page, « Risques météo de nouveaux parapluies pour l'entreprise », *Les Echos*, n°19580, 10 janvier.2006, p.20.

²³⁷ AMF. Recommandation n°2013-18 : Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale du 5 novembre 2013, p.8.

²³⁸ *Ibid.*, p.5.

Elle préconise de faire figurer au sein du rapport de gestion une table de concordance renvoyant à l'information requise par le décret²³⁹.

La présentation de l'information doit être claire et précise en indiquant les moyens concentrés à cette politique. Afin d'améliorer la compréhension et structuration de l'information, l'AMF recommande de présenter la façon dont l'information a été collectée, consolidée et elle préconise d'utiliser des référentiels.

134. – Si la société utilise un référentiel, elle doit le mentionner. En effet, l'article R.225-104 du Code de commerce dispose que *« lorsqu'une société se conforme volontairement à un référentiel national ou international en matière sociale ou environnementale, le rapport de la société peut le mentionner en indiquant les préconisations de ce référentiel et les modalités qui ont été retenues »*. Il existe plusieurs référentiels possibles, les informations pourront être publiées en cohérence avec des référentiels internationaux tels l'ISO 26000, le Pacte mondial de l'ONU, les principes directeurs de l'OCDE, les indicateurs ESG de l'EFFAS. Par ailleurs, Dans l'hypothèse où la société décide de développer un référentiel unique, l'AMF recommande à nouveau aux sociétés qui ont développé un référentiel interne d'être explicites et de présenter des éléments d'information sur ce dernier. Les indicateurs doivent être définis et utilisés de manière stable d'un exercice à l'autre c'est-à-dire que les définitions et les modalités de calcul doivent être présentées en respectant un objectif de clarté afin de présenter des données qui permettent une comparaison²⁴⁰.

Dans un souci de lisibilité et de clarté, certains organismes, notamment l'International Integrated Reporting Committee ont démontré la nécessité de mettre en place un « reporting intégré » qui serait concis, clair, compréhensible, intégrant à la fois l'information financière ainsi que l'information extra-financière. L'intégration internationale de l'information intégrée est une coalition mondiale regroupant des autorités de réglementation des investisseurs, des entreprises, des instances de normalisation, des représentants de la profession comptable et des ONG. Cette organisation a été créée afin de développer un cadre définissant les standards du reporting intégré. Le 9 décembre 2013, l'International Integrated Reporting Council a publié un Référentiel international sur le reporting intégré. Selon l'IIRC, l'objectif du

²³⁹ *Ibid.*, p.8.

²⁴⁰ Art. R. 225-105 du Code de commerce.

reporting intégré est de refléter les interconnexions entre les facteurs environnementaux, sociaux, de gouvernance et financiers dans les décisions qui affectent la performance long terme et la situation de l'entreprise, permettant de mettre en lumière le lien entre développement durable et valeur économique.

135. –Il convient également de s'interroger sur l'intensité de l'obligation d'élaboration de l'information extra-financière c'est-à-dire les exigences auxquelles le directeur financier est tenu. L'intensité de cette obligation est similaire à celle concernant la production de l'information financière. Le directeur financier doit mettre tous les moyens en œuvre pour produire une information financière et extra-financière fidèle à la situation de l'entreprise. Il s'agit donc d'une obligation de moyens.

2) L'information extra-financière ponctuelle

136. –Le directeur financier doit informer l'organe dirigeant des risques concernant le développement durable. Cela consiste pour le directeur financier à analyser les conséquences environnementales et financières des décisions prises par l'organe dirigeant. Il s'agit par exemple, dans le cadre d'une fusion ou d'une acquisition, d'effectuer une due diligence environnementale. Ce mécanisme de la due diligence consiste à réaliser l'évaluation technique et réglementaire des risques environnementaux et à les traduire en conséquences financières sur les transactions.

L'information extra-financière concerne également la fiscalité liée au développement durable. Ce domaine est en principe réservé au directeur juridique de la société, mais compte tenu de l'impact financier de la fiscalité liée au développement durable, le directeur financier ne peut l'ignorer. La question se pose de définir la notion de fiscalité environnementale. Le Conseil des impôts²⁴¹ retient une approche extensive de la fiscalité environnementale en y incluant l'ensemble des mesures fiscales ayant un impact sur l'environnement. Une disposition est considérée comme liée à l'environnement si elle « taxe » des éléments qui nuisent à celui-ci. Une autre définition plus restrictive définit la fiscalité environnementale comme l'ensemble des mesures fiscales à vocation incitative explicitement conçues pour

²⁴¹ Conseil des impôts, « Fiscalité et environnement », 23^{ème} rapport du Président de la république, éd Journaux Officiels, 2005.

lutter contre la pollution. Cette prise en compte de la fiscalité par le directeur financier lui impose diverses obligations. En effet, le directeur financier doit informer l'organe dirigeant des opportunités fiscales liées au développement durable du fait de leur impact financier. Il devra informer l'organe dirigeant des crédits d'impôts et avantages fiscaux pouvant être obtenus en respectant les critères environnementaux²⁴².

137.—Par ailleurs, l'information extra-financière doit être présente lors des communications ponctuelles effectuées aux partenaires financiers à savoir, les banquiers, les assureurs, les investisseurs, les analystes ainsi que les agences de notation. Ces partenaires se préoccupent de la politique du développement durable, soit parce qu'ils sont convaincus qu'une bonne performance économique à long terme est conditionnée par de bonnes performances sociales et environnementales, soit parce que cela répond à leur propre démarche concernant le développement durable²⁴³. A titre d'exemple, les banques vont investir et financer des projets et des entreprises socialement responsables. Ils ne vont financer que des projets dont les impacts environnementaux et sociaux peuvent être analysés et mesurés. Ces projets doivent respecter des critères sociaux, notamment, l'impact de l'emploi sur une région, ainsi que des critères environnementaux, l'impact sur le climat par exemple²⁴⁴. Le directeur financier devra donc inclure dans ses communications avec les partenaires de l'entreprise, les critères relatifs à l'environnement. Cet objectif de communication sur le développement durable est illustré par l'adhésion des entreprises au Pacte mondial²⁴⁵. Le Pacte mondial, initiative lancée en 1999 au Forum économique mondial de Davos, invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer dix valeurs fondamentales dans les domaines des droits de l'homme, des normes du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. En janvier 2003, le bureau du Pacte Mondial a introduit une nouvelle disposition relative aux « communications sur le progrès ». Depuis 2003, les

²⁴² Le cabinet PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Développement durable – Aspects stratégiques et opérationnels*, éd.Francis Lefebvre, 2010, Paris, p.122.

²⁴³*Ibid.*, p.278.

²⁴⁴ Ces critères sont élaborés par les « Sustainable Banking Units » ou Départements/ Fonctions Développement Durable. Ce département créé au sein des banques participe à la définition de la politique Développement Durable.

²⁴⁵ Le Pacte mondial est une structure de l'ONU élaborée à New York, dont l'objectif est d'inciter les entreprises du monde entier à intégrer et à promouvoir des principes relatifs aux droits de l'Homme, aux normes internationales du travail et à la lutte contre la corruption. La signature du pacte est une démarche volontaire des entreprises. Site internet : www.un.org/fr/globalcompact/progress.shtml.

entreprises adhérant au Pacte Mondial doivent communiquer avec leurs « stakeholders » sur les progrès accomplis dans l'intégration des principes du Parc mondial et intégrer la communication y afférente dans le rapport annuel de l'entreprise. Un défaut de communication entraînerait la radiation de la liste des participants au Pacte mondial.

B) La nécessité d'adapter la comptabilité traditionnelle à la comptabilité environnementale

138. –Pour intégrer l'information environnementale au sein des documents comptables, le directeur financier doit mettre en place une comptabilité environnementale. Il s'agit tout d'abord de déterminer la notion de comptabilité environnementale. Cette notion a été définie au sein d'un rapport présenté à l'Assemblée nationale comme un instrument qui permet de « répertorier, organiser, gérer et fournir des données et des informations sur l'environnement, en unités physiques et monétaires ». La comptabilité environnementale permet de donner, en termes objectifs, l'état et les variations du patrimoine naturel, les interactions entre économie et environnement, les dépenses destinées à la prévention, la protection et la réparation de l'environnement »²⁴⁶.

La question qui se pose ici est de déterminer si le directeur financier a les compétences pour mettre en place une comptabilité environnementale.

139. –La mise en place d'une comptabilité environnementale est délicate, car elle nécessite de diffuser des informations environnementales au sens large et non des informations exclusivement financières²⁴⁷. Il s'agit pour le directeur financier de répertorier des données non comptables. Il doit évaluer des éléments naturels qualifiés souvent de « res nullius » difficilement quantifiables et évaluables mais qui ont un impact financier sur la société²⁴⁸. Certains auteurs ont souligné *« que la mise en œuvre de la comptabilité environnementale suppose, outre une compétence des chiffres, un savoir-faire presque scientifique qui ne relève pas des attributions traditionnelles du professionnel comptable afin*

²⁴⁶ F. Giovanelli, Commission de l'environnement, de l'agriculture et questions territoriales, Rapport « Comptabilité environnementale en tant qu'instrument pour le développement durable », présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, document 10071, 11 février 2004.

²⁴⁷ J.Fournier et C. Flageul, « Normes d'audit, avis technique CNCC relatif à la communication d'informations sociales et environnementales dans le rapport de gestion » : *RFC*, n° spéc ., juin 2003, n°356, p.6.

²⁴⁸ V.Y Bernheim, « Comptabilité et environnement », *Revue dr. compt.*, janv, 1996, n°1, p.125.

d'évaluer les dépenses environnementales »²⁴⁹. On en déduit que les outils traditionnels utilisés par le directeur financier ne lui permettent pas de traiter cette information non financière car la comptabilité traditionnelle n'a pas pour objectif de rendre compte de l'impact environnemental sur la situation financière de l'entreprise. Il doit donc adapter les outils traditionnels à la comptabilité environnementale notamment les techniques d'enregistrement.

La mise en place d'une technique d'enregistrement adaptée à l'environnement est complexe car les modalités de comptabilisation et le choix des indicateurs nécessaires pour mesurer la performance environnementale sont compliqués et diversifiés. Il est difficile de quantifier les données, de les comparer et de vérifier leur disponibilité²⁵⁰.

Egalement, les outils traditionnels comptables permettant de présenter les coûts liés à l'environnement sont incomplets. En effet, ils permettent de recenser les coûts environnementaux déjà engagés ou à engager, compte tenu de la législation en vigueur²⁵¹. Toutefois, ils ne permettent pas de mettre en évidence les coûts qu'il faudrait engager si la législation devenait plus contraignante. Cette catégorie de coût ne relève pas de la comptabilité traditionnelle. Elle est du ressort de la comptabilité environnementale et correspond à une valeur ajoutée négative.

Par conséquent, la comptabilité traditionnelle est inadaptée à la comptabilité environnementale. Le directeur financier doit aménager sa comptabilité traditionnelle pour intégrer les notions relatives au développement durable. Une étude réalisée auprès de comptables a permis de mettre en évidence les innovations comptables nécessaires à la mise en place d'une comptabilité environnementale²⁵². Il s'agit pour le directeur financier :

- de créer des comptes verts qui permettent de mettre en valeur au sein de la comptabilité financière les dépenses et les risques liés à l'environnement ;

²⁴⁹ M.Teller, « Développement durable et comptabilité », cah. dr.entre n°3, mai 2010, dossier 15, p.5.

²⁵⁰ V. Orse, « Observatoire sur la responsabilité sociale des entreprises, Etude sur l'analyse comparative d'indicateurs de développement durable » publiée par le ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, Paris, oct.2003, spec.p.17. Adresse site Internet : archives.entreprises.gouv.fr/2012/www.industrie.gouv.fr/pdf/devdurable1.

²⁵¹ N. Antheaume, « Le rapport environnemental/développement durable : Pourquoi publier et que publier », *Revue Française de Comptabilité*, n° spécial, juin 2003, p.27.

²⁵² J-P. Lafontaine, *Les techniques de comptabilité environnementale entre innovation comptables et innovations managériales*, Association Francophone de Comptabilité, Comptabilité – Contrôle – Audit, 2003/3, Tome 9 p.111 à 127, DOI : 10.3917/cca.093.011. <http://www.cairninfo/revue-comptabilite-contrôle-audit-2003-page-11.htm>.

- de créer des rubriques vertes au sein de l'annexe et du bilan qui vont permettent de préciser la nature et le mode de calcul des provisions pour risques et charges liés à l'environnement ;
- d'incorporer la diffusion d'informations vertes dans le rapport annuel d'activité c'est-à-dire de présenter les informations concernant la politique et la performance environnementales ;
- de mettre en place une procédure de budget et de contrôle des dépenses vertes qui se traduisent par la mise en œuvre d'une procédure budgétaire dédiée aux investissements et aux consommations liés à l'environnement ;
- de diffuser une information concernant la politique et les performances environnementales au sein du rapport annuel ;
- de mettre en œuvre une procédure budgétaire dédiée aux investissements et aux consommations liées à l'environnement ;
- élaborer une technique de valeur ajoutée négative qui nécessite d'évaluer les consommations du patrimoine naturel pour calculer un résultat prenant en compte l'impact environnemental ;
- mettre en place un tableau de bord vert qui organise de façon synthétique les principaux indicateurs environnementaux significatifs de l'activité ;
- l'élaboration d'un rapport environnemental qui permet de compléter le rapport de gestion et d'informer les partenaires de la société ;

140. –Ces différentes techniques comportent deux difficultés. La première difficulté se traduit par les limites de ces techniques. En effet, selon certains auteurs²⁵³, l'adaptation de la comptabilité traditionnelle à la comptabilité environnementale ne permettrait pas de prendre en compte de manière complète l'impact du développement durable sur la société. Ces limites se traduisent par exemple par l'absence de mesure de la conscience sociale environnementale et par l'impossibilité de quantifier les avantages que l'entreprise relève de ses activités sociétales. La deuxième difficulté réside dans la nécessité pour le directeur financier de se former à ces nouvelles techniques. Ses connaissances traditionnelles sont insuffisantes pour mettre en place une comptabilité environnementale.

²⁵³ M.A. Caron, A. Fortin, M. Nars – Eddire Ferchichi, « Le comptable et la responsabilité sociale de l'entreprise : une question de connaissances ou de compétences ? », *Revue Gestion*, 2006/2 (Vol 31), p.146, DOI 10.3917/riges.312.0092.

Face aux difficultés rencontrées par les professionnels du chiffre et notamment par le directeur financier, le Conseil National de la Comptabilité a établi une recommandation concernant la prise en compte des aspects environnementaux dans les comptes individuels et consolidés des entreprises. La présente Recommandation du Conseil National de la Comptabilité ²⁵⁴ s'inspire des dispositions de la Recommandation européenne du 30 mai 2001 ²⁵⁵. Cette recommandation a élaboré une définition générale des dépenses environnementale qu'elle définit « comme les dépenses effectuées en vue de prévenir, réduire ou réparer les dommages que l'entreprise a occasionnés ou pourrait occasionner par ses activités, à l'environnement. Ces coûts sont liés entres autres, à l'élimination des déchets et aux efforts entrepris pour en limiter la quantité ; à la lutte contre la pollution des sols, des eaux de surface et des eaux souterraines ; à la préservation de la qualité de l'air et du climat ; à la réduction des émissions sonores, et à la protection de la biodiversité et du paysage. Seules les dépenses supplémentaires reconnaissables visant essentiellement à prévenir, réduire ou réparer des dommages occasionnés à l'environnement doivent être prises en compte » ²⁵⁶. Cette recommandation informe les professionnels du chiffre concernant les modalités de présentation comptables des dépenses environnementales ²⁵⁷. Les dépenses environnementales peuvent être comptabilisées sous trois rubriques, à savoir sous la forme de passifs environnementaux et de provisions pour risques et charges environnementaux, sous la forme de dépenses environnementales comptabilisées immédiatement en charges, non provisionnées antérieurement et enfin sous la forme de dépenses environnementales capitalisées.

La recommandation CNC permet également d'informer le directeur financier sur les conditions de comptabilisation ²⁵⁸ ainsi que sur les informations publiées en annexe ²⁵⁹.

141.—Par ailleurs, le directeur financier va rencontrer des difficultés lors de l'évaluation des investissements. En effet, les outils traditionnels ne sont pas adaptés à

²⁵⁴ C.N.C, Recommandation n°2003-r02 concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes individuels et consolidés des entreprises, du 21 octobre 2003.

²⁵⁵ Recommandation Européenne du 30 mai 2001, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 13/6/2001, p.33 à 42.

²⁵⁶ Conseil National de la comptabilité, Recommandation n°2003-r02 du 21 octobre 2003 concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes individuels et consolidés des entreprises, §2-1.

²⁵⁷ *Ibid.*, §2-3.

²⁵⁸ *Ibid.*, §4-1.

²⁵⁹ *Ibid.*, §5.

l'établissement d'analyses concernant l'environnement notamment lors des investissements. Cette difficulté est illustrée notamment par la notion de durabilité. La comptabilité ne reconnaît pas cette notion, pourtant elle est indispensable pour évaluer les investissements environnementaux que pourraient effectuer la société. Egalement, l'absence de marché concernant la plupart des valeurs naturelles, mis à part le dioxyde de carbone rend la mission d'évaluation du directeur financier complexe.

Pour pallier cette carence, divers outils ont été mis en place afin d'évaluer les paramètres environnementaux. Il ne s'agit pas ici de répertorier l'ensemble des indicateurs mis en place mais de citer à titre d'illustration deux mécanismes élaborés par les directives européennes. Il s'agit de l'EIA (Environmental Impact Assessment) ou Evaluation de l'impact sur l'environnement. Cet outil permet d'identifier et d'évaluer les impacts environnementaux d'un projet²⁶⁰. Egalement l'EPI (Environnemental Performance Indicators) ou Indicateurs de Performance Environnementale consiste à identifier les impacts environnementaux les plus significatifs.

Paragraphe II L'exploitation d'une information extra-financière

142. –Les préoccupations concernant la société ne sont plus l'exclusivité de l'organe dirigeant. Le directeur financier moderne est également impliqué dans l'élaboration des décisions stratégiques destinées à préserver l'intérêt social de la société. Le directeur financier moderne exploite l'information financière pour définir aux côtés de l'organe dirigeant la stratégie de l'entreprise. L'objectif de ce paragraphe est de déterminer dans quelles mesures le directeur financier participe à l'élaboration de la stratégie de l'entreprise. Son implication au sein de la stratégie se manifeste par l'élaboration de projets de développement concernant la croissance **(I)**, ainsi que par la recherche de financement nécessaire à la mise en œuvre des projets **(II)**. L'implication du directeur financier dans la stratégie, nous permet de prouver, que ses fonctions évoluent vers celles d'un mandataire social.

I) La participation du directeur financier au développement de l'entreprise

²⁶⁰ Directive 85/337/CEE concernant l'évolution des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 27 juin 1985, JOCE n° L175 du 5 juillet 1985.

143. –La participation du directeur financier au développement de l'entreprise se manifeste par l'élaboration d'analyses extra-financières (A) ainsi que leur diffusion à l'organe dirigeant (B).

A) L'élaboration des analyses extra-financières

144. –Le directeur financier participe au développement de l'entreprise. Il va élaborer des analyses nécessaires à la croissance interne (1) et externe (1).

1) La production d'analyse nécessaire à la croissance interne

145. –Le principe de la croissance interne se caractérise par un développement de l'entreprise à partir de ses propres ressources, par la création de nouvelles unités de recherche et de développement de la force commerciale. La croissance interne repose en priorité sur les facultés d'innovation de l'entreprise, sur sa capacité à développer, à imposer sur le marché de nouveaux produits et à élargir sa gamme et ses réseaux de distribution²⁶¹.

L'objectif ici, est de déterminer dans quelles mesures le directeur financier va participer à la croissance interne de l'entreprise. Il ne s'agit pas de lister les différents aspects de la croissance interne mais de démontrer la participation du directeur financier au développement interne de la société et notamment son rôle dans le développement des innovations de la société.

146. –La participation du directeur financier à la croissance se manifeste par la production d'analyses. Ces analyses ont pour objectif de déterminer le risque juridique tout au long du processus de l'innovation c'est-à-dire lors de sa découverte, de son élaboration, et de son développement technique, ainsi que sa diffusion.

Les capacités transversales du directeur financier vont lui permettre d'établir un projet d'innovation déterminant les risques endogènes (1), ainsi que les risques exogènes (2) liés au processus d'innovation.

²⁶¹ F. Leroy, *Les stratégies de l'entreprise*, 4^{ème} éd. Dunod, 2012, p.107.

a) La gestion des risques endogènes liés au processus d'innovation

147. –Les risques endogènes à l'innovation sont liés aux décisions élaborées par les dirigeants²⁶². Lorsqu'ils définissent la stratégie de l'entreprise relative aux innovations, les organes dirigeants peuvent prendre des décisions contestables du point de vue juridique. C'est le cas notamment lorsqu'ils décident de lancer un produit qui pourrait être qualifié de contrefaçon, lorsqu'ils ne respectent pas les normes relatives à l'environnement, ou lorsqu'ils décident des lancements prématurés de technologie sur un marché dont ils ne mesurent pas suffisamment les risques en terme de responsabilité. Le directeur financier doit neutraliser le risque.

Cela suppose dans un premier temps de déterminer le risque relatif à la contrefaçon²⁶³. Il doit s'interroger sur l'effectivité de l'innovation, autrement dit sur l'existence éventuelle de brevets tiers pouvant constituer une barrière potentielle ou réelle à l'innovation à la fois au niveau national et international. La difficulté de la recherche est proportionnelle à l'étendue de la diffusion de l'innovation. Le directeur financier va également mesurer le degré de sécurité par rapport au risque de contrefaçon. Pour ce faire, il doit identifier le degré de structuration de la réglementation en matière de brevets. Cela nécessite de prendre en compte plusieurs éléments, à savoir, le caractère strict ou souple des critères de brevetabilité ; l'existence d'un régime de type « enveloppe soleau », la durée du monopole conféré par le brevet ; la possibilité de réaliser des extensions et des améliorations ; la volonté et l'efficacité des autorités publiques à contrôler la contrefaçon. Avant toute diffusion de l'innovation, le directeur financier doit s'assurer que la réglementation en question protège suffisamment son innovation, ses intérêts et ses profits potentiels.

Dans un second temps, le directeur financier va évaluer les risques de non-conformité de l'innovation aux dispositions légales²⁶⁴. Afin d'évaluer ces risques, il va procéder à l'identification de la norme. Cela suppose de déterminer les normes légales présentes, ou futures dans les pays où l'innovation va être commercialisée. Il doit également déterminer le caractère juridique incontestable de la norme c'est-à-dire la conformité d'une norme nationale aux objectifs fixés par un texte d'origine communautaire. Il est possible

²⁶² C.Roquilly, B.Aliouat, « Gestion des risques juridiques des projets d'innovation, PA., 1996, p.11.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ *Idem.*

qu'une norme nationale ne soit pas conforme aux normes fixées par une directive notamment lorsque l'Etat n'a pas effectué les formalités relatives à sa transposition. Enfin, le directeur financier doit mesurer les sanctions prévues en cas de non-respect des dispositions légales.

Dans un troisième temps, le directeur financier doit évaluer l'éventuelle mise en cause de la responsabilité de l'entreprise ou de ses dirigeants dans le cas d'une innovation contestable causant un préjudice à autrui. Cette vigilance va être accrue notamment dans le secteur de l'industrie pharmaceutique qui est soumis à une procédure draconienne pour l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché. Afin de prévenir ces risques, le directeur financier va mettre en place des paramètres d'évaluation et de prévention du risque au sein des projets d'innovation.

b) La gestion des risques exogènes liés au processus d'innovation

148. – Ces risques ne relèvent pas des choix stratégiques effectués par l'organe dirigeant mais concernent davantage l'organisation de la stratégie et notamment le droit de la concurrence²⁶⁵.

Le 1^{er} risque exogène qui doit être identifié par le directeur financier concerne le risque de concurrence déloyale. Le directeur financier doit appréhender les éléments constitutifs du comportement de concurrence déloyale ainsi que les sanctions et l'effectivité des sanctions.

Le 2^{ème} risque²⁶⁶ est corrélatif au seuil atteint par l'entreprise sur le marché, à savoir le risque de position dominante, les ententes illicites ainsi que les concentrations excessives de l'entreprise. Pour neutraliser ce risque, le directeur financier doit déterminer si l'innovation est susceptible de représenter un risque. Cela consiste notamment à mettre en place des procédures à suivre dans le cadre d'une démarche préventive. Si l'organe dirigeant, décide de ne pas mettre en place ces démarches préventives, le directeur financier doit évaluer les conséquences d'une telle décision. Enfin, le directeur financier doit analyser les sanctions possibles et leurs effectivités.

Le 3^{ème} risque²⁶⁷ apparaît lors de la diffusion de l'innovation. Le directeur financier

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Idem.*

doit délimiter le degré de sécurité contractuelle au niveau national et international selon l'étendue de la diffusion. Cette catégorie de risque apparaît dans l'hypothèse où l'entreprise effectue des transferts de technologie par le biais de contrats, à savoir, les contrats de concession de licence d'exploitation, cession des brevets et les contrats de cross-licensing.

2) La production d'analyse nécessaire à la croissance externe

149. –Le directeur financier moderne est également impliqué dans le développement de la croissance externe de l'entreprise. Ses compétences financières lui permettent d'analyser les projets d'investissements et de déterminer leur rentabilité. Sa participation au projet de croissance externe se manifeste par la production d'analyses. Ces analyses sont qualifiées de « due diligence ». Le concept de « due diligence » peut être défini comme « *l'exigence d'un niveau minimum de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur au sein de la décision de l'entreprise* »²⁶⁸. La due diligence implique d'effectuer un audit préalable, et de respecter une obligation de vigilance. L'obligation de vigilance est définie pour les établissements de crédit comme « *un ensemble de prescriptions légales imposant aux établissements de crédit et à toute personne recueillant des fonds, des contrôles visant à identifier leur interlocuteur et l'origine de leurs ressources* »²⁶⁹. Cette définition transposable en l'espèce, introduit une dimension de prudence lors de l'élaboration d'un projet de développement. Ce principe se manifeste par la réalisation d'un audit préalable et de contrôles divers, préalablement à la prise de décisions. Dans le cadre d'une opération de fusion acquisition, cette obligation de vigilance vise à mettre en évidence les facteurs de risques et de potentialités pouvant avoir un impact sur l'appréciation de la valeur de la société cible. Cette obligation de vigilance doit être distinguée de l'obligation de vigilance traditionnelle concernant la conformité légale des comptes et de la comptabilité. En effet, ici, l'objectif de l'obligation n'est pas de contrôler la conformité des comptes aux dispositions légales mais de mettre en évidence les risques et le potentiel d'un projet d'investissement.

150. – La question qui se pose ici est de déterminer quelles sont les natures des

²⁶⁸ B. Loeve, « Due diligence » et « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'Homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE » Cah. dr.ent. n°3, mai/juin 2010, p50.

²⁶⁹ JO, 28 dec.2006, p.19781.

diligences et dans quel contexte le directeur financier va être amené à élaborer de telles analyses.

A titre d'exemple, ces analyses vont concerner les éventuelles acquisitions envisagées par la société par des opérations de fusions acquisitions. Lors d'une opération de fusion acquisition, des dues diligences peuvent être réalisées par l'acquéreur en utilisant ses propres équipes. Le directeur financier fait souvent partie de cette équipe compte tenu de ses capacités et de ses compétences financières. Dans le cadre d'une telle opération, le directeur financier va effectuer des analyses financières et fiscales. Il va déterminer la valorisation de la société cible et identifier les leviers de négociation. Cela se traduit par l'analyser des performances réelles de l'entreprise grâce aux indicateurs de résultats, notamment des résultats avant intérêts et impôts sur les sociétés (EBIT ou Earning Before Interest and Tax). Il constate la qualité des résultats historiques (« Quality of Earning ») afin de mesurer le caractère récurrent ou normalisé des résultats, dans le souci d'avoir une meilleure appréhension des résultats à venir²⁷⁰. Il va également déterminer la dette financière nette qui correspond aux dettes financières auxquelles on retranche les disponibilités. La dette nette doit être ajustée c'est-à-dire, qu'elle doit prendre en compte des éléments qui, sans être comptablement inclus dans un poste de passif se traduiront néanmoins par un décaissement futur, cela concerne par exemple, un retard d'investissement ou des indemnités de départ à la retraite. De même, il procède également, à analyse des flux de trésorerie²⁷¹, cette analyse lui permet de porter une appréciation sur la capacité d'une entreprise à convertir ses résultats en trésorerie. Cette analyse est particulièrement nécessaire dans le cadre d'une opération de LBO, elle permet d'analyser les flux de trésorerie qui pourront être affectés au remboursement de la dette. L'analyse financière de la société cible consiste par ailleurs à analyser les résultats de l'année en cours et les projections financières. L'analyse des résultats de l'année en cours a pour objectif de comparer les derniers résultats estimés avec celui de l'année précédente. Cette analyse permet au directeur financier d'apprécier la capacité de la société cible à préparer ses budgets.

151.—Les dues diligences ne se limitent pas à des analyses financières, elles

²⁷⁰ Cabinet PWC sous la direction de Claude LOPATER, Mémento Expert Francis Lefebvre, *Fusions & Acquisitions, Aspects stratégiques et opérationnels, Comptes sociaux et Résultats fiscal, Comptes consolidés en normes IFRS*, éd Francis Lefebvre, 2012, pts 3210.

²⁷¹ *Ibid.*, pts 3225.

concernent également l'aspect stratégique et commercial de la société cible. Cela suppose d'analyser sa position sur le marché ainsi que son environnement concurrentiel. Sa position sur le marché consiste à étudier sa taille ainsi que sa croissance historique et attendue des segments de marché sur lesquels la cible est présente. L'analyse de l'environnement concurrentiel permet au directeur financier d'identifier et d'analyser les principaux concurrents, ainsi que le positionnement relatif de la cible par rapport à ses principaux concurrents. Lors de ces analyses extra-financières le directeur financier va être amené à analyser la situation juridique d'une cible afin d'évaluer les risques juridiques potentiels susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise. Il peut s'agir, par exemple, des amendes significatives pour non-respect d'une réglementation ou encore de clause de non-concurrence dans les contrats qui lieraient le groupe acquéreur.

Le risque fiscal doit également être envisagé par le directeur financier²⁷². Il s'agit de prendre en compte par exemple l'existence de passifs d'impôts différés qui n'avaient pas été constatés dans les comptes tels que l'impôt latent sur des plus-values en report ou sursis d'imposition. Il doit tenir compte de la position fiscale différée, qui est susceptible de provoquer une augmentation significative et prévisible de la charge de l'impôt futur comme par exemple l'existence de régimes fiscaux dérogatoires mais temporaires dont la disparition pourrait impacter négativement le taux effectif d'imposition.

Ces analyses peuvent également être étendues aux aspects environnementaux comme illustré ci-après :

« Pour une transaction donnée, réaliser une due diligence environnementale consiste à évaluer sur le plan technique et réglementaire les risques environnementaux liés à cette dernière et à les traduire en conséquences financières. Les principaux points traités sont généralement les suivants :

- *Responsabilité et enjeux financiers liés aux passifs environnementaux dus à la présence de la pollution (dans les sols, les eaux souterraines), aux rejets atmosphériques, à l'acidification de l'air, aux déchets, etc. ;*
- *Enjeux financiers découlant des obligations de mise en conformité d'une installation vis-à-vis de la réglementation environnementale en vigueur ou future, ou de projets de développement impliquant la restructuration, l'extension ou la création d'installation industrielle ;*

²⁷²*Ibid*, pts 3310.

- *Enjeux stratégiques et financiers du fait de l'utilisation de matières premières ne voie d'épuisement, de substances réglementées, etc. En particulier, il est important de mesurer les enjeux liés à l'utilisation de substances chimiques sujettes à disparaître et impliquant des coûts consécutifs à la modification des procédés de production et à la gestion de ces substances ;*
- *Enjeux liés à la capacité de l'entreprise de faire du Développement Durable en levier de création de valeur (par exemple optimisation du coût des matières premières, de l'énergie des déchets, existence d'opportunité en matière d'écoconception de produits ou capacité de l'entreprise à saisir les opportunités de migration vers une économie de services ou de fonctionnalités »²⁷³.*

B) La diffusion de l'information à l'organe dirigeant

152. –Pareillement au directeur financier traditionnel, le directeur financier moderne va informer et mettre en garde l'organe dirigeant. Cette obligation d'information se distingue de celle du directeur financier traditionnel et de celle l'expert-comptable car elle s'étend aux informations extra-financières.

La question se pose ici de déterminer le périmètre de l'obligation de conseil. Le périmètre de l'obligation du directeur financier moderne est plus étendu par rapport à celui du directeur financier traditionnel. Le conseil n'est pas limité à expliquer la situation financière de l'entreprise. En effet, le directeur financier doit conseiller l'organe dirigeant lors de l'élaboration des décisions relatives à la stratégie de l'entreprise. Il s'agit notamment de conseiller l'organe dirigeant concernant les projets de croissance ou encore les possibilités de financement. Contrairement au directeur financier traditionnel, la connaissance de la stratégie de l'entreprise par le directeur financier moderne est indispensable.

153. –L'intensité de l'obligation de conseil du directeur financier moderne est similaire à l'intensité de l'obligation de conseil du directeur financier traditionnel. Il s'agit d'une obligation de moyens. Le directeur financier moderne va mettre tous les moyens en œuvre pour garantir un conseil pertinent, mais il ne peut pas garantir un résultat déterminé en raison de la diversité des conseils possibles. Toutefois, le directeur financier est tenu d'une

²⁷³ Le cabinet PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Développement durable – Aspects stratégiques et opérationnels*, éd.Francis Lefebvre, 2010, Paris, p.282.

obligation de moyens renforcée car il dispose des compétences financières et comptables suffisantes pour lui permettre d'apporter un conseil pertinent²⁷⁴.

La nature du conseil diffusé par l'organe dirigeant est distincte de celui du directeur financier traditionnel car elle concerne des domaines extra-financiers. Le directeur financier informe l'organe dirigeant des obligations et des conséquences du non-respect de ses obligations. Contrairement au directeur financier traditionnel, cette obligation de conseil concernant les dispositions applicables n'est pas limitée aux obligations comptables, financière ou fiscales, elle s'étend à l'ensemble des obligations qui pourraient concerner les décisions relatives à la stratégie. Il s'agit notamment des obligations concernant le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle, ou encore le droit pénal.

Les modalités concernant l'obligation de conseil sont similaires à celles de l'obligation de conseil du directeur financier traditionnel. Il doit veiller à fournir le meilleur conseil possible dans la mesure de ses connaissances techniques personnelles induites de sa formation. Il doit donner son avis et se prononcer avec sincérité et objectivité²⁷⁵.

Le directeur financier moderne doit comme le directeur financier traditionnel mettre en garde l'organe dirigeant. Contrairement à l'obligation de mise en garde du directeur financier traditionnel, l'obligation de mise en garde du directeur financier moderne est étendue aux domaines extra-financiers.

L'obligation de mise en garde va concerner les difficultés financières et extra-financières que la société va rencontrer lors de l'élaboration de la stratégie de l'entreprise. Il s'agit notamment pour le directeur financier moderne de prendre en compte les risques extra-financiers en sus des risques financiers. Les risques extra-financiers sont multiples, ils concernent notamment le développement durable, ou encore le risque de concurrence déloyale. Il s'agit donc des événements pouvant affecter, fragiliser ou remettre en cause les projets relatifs au développement de la stratégie. Le fondement de l'obligation de mise en garde est similaire à celle du directeur financier traditionnel, elle peut être envisagée au sein du contrat ou être déduite de la nature des fonctions du directeur financier. En effet, la nature des fonctions du directeur financier implique qu'il mette en garde l'organe dirigeant des risques extra financiers relatifs à des décisions stratégiques car ces risques peuvent avoir un impact sur le domaine financier de l'entreprise. Les modalités de l'obligation de mise en garde

²⁷⁴ *Supra* §69.

²⁷⁵ *Supra* §69.

concernant les risques financiers sont similaires à celles définies pour l'obligation de mise en garde du directeur financier traditionnel.

II) La recherche de financement

154. –Le financement des entreprises est le fondement du développement de l'activité économique de la société et l'assurance de sa pérennité. Grace au financement, la société peut investir dans de nouveaux projets. La recherche des financements résulte des fonctions stratégiques de l'entreprise et incombe en premier lieu à l'organe dirigeant, mandataire social de la société. Elle nécessite des compétences financières pour évaluer les besoins financiers de l'entreprise et trouver le financement adapté aux besoins de l'entreprise. Ces compétences spécifiques nécessaires lors de la recherche de financement ont conduit l'organe dirigeant à confier cette obligation au directeur financier. Sa parfaite connaissance de la situation financière lui permet d'identifier les financements adaptés au besoin de la société.

Depuis, la crise économique, le directeur financier a dû s'adapter à l'évolution des modes de financement. Le financement classique, notamment les crédits bancaires sont strictement encadrés et limités. Les entreprises ont donc développé de nouveaux modes de financement afin de financer leur croissance. L'évolution des modes de financement est illustrée par les propos de Monsieur Christian CASSAYRE directeur financier de la société EIFFAGE²⁷⁶ « *les instruments de financement utilisables se sont enrichis (...) le recours aux crédits bancaires est limité à 160 millions d'euros à la fin de l'année 2013, par conséquent, nous avons expérimenté de nouveaux types de financements comme les placements privés, la mise en place de programmes de billets de trésorerie ou encore de titrisation. Pour financer nos projets, nous avons également émis des obligations pour financer nos autoroutes et nous avons eu recours à des partenariats publics et privés* ». Ces propos démontrent le nouveau rôle du directeur financier. Face à l'insuffisance des moyens de financement traditionnels le directeur financier va rechercher le financement le plus adapté aux besoins de l'entreprise (A). Une fois le choix du financement effectué, le directeur financier doit le mettre en œuvre (B).

²⁷⁶ AGEFI TV, L'interview finance de Christian Cassayre, directeur financier de la société Eiffage, « Combiner les diverses sources de financement en fonction des projets » parue le 10/06/2014.

A) Le choix du mode de financement

155. –Le directeur financier recherche des financements auprès des établissements de crédits ou encore auprès des associés. Ces modes de financement classiques se révèlent de parfois inadaptés aux besoins de la société.

Face à ce constat, le directeur financier va mettre en place des modes de financement innovants adaptés aux projets de l'entreprise. Le directeur financier va privilégier l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital énoncé par l'article L.228-91 et suivant du Code de commerce. Ce mode de financement présente, pour les sociétés bénéficiaires de l'investissement des avantages indéniables. D'une part, le financement n'entame pas le crédit de la société, puisque celle-ci n'a pas à fournir à l'investisseur de garanties réelles ou personnelles. D'autre part, le financement se fait en fonds propres, non par voie d'endettement, ce qui renforce la capacité financière de l'entreprise. Pour lever les capitaux nécessaires au financement de leur croissance, les sociétés émettent des instruments financiers de plus en plus complexes et sophistiqués.

Afin d'assouplir les modes de financement des entreprises, la loi n°85-1321, du 14 décembre 1985 a libéré l'imagination et la créativité financière. Dans ce sens, l'article L. 228-91, alinéa premier du Code de commerce dispose : *« Une société par action peut émettre des valeurs mobilières donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou de tout autre manière, à l'attribution à tout moment ou à date fixe de titres qui, à cet effet, sont ou seront émis en représentation d'une quotité du capital de la société émettrice »*. Cette liberté peut être exploitée de façon optimum dans les sociétés non cotées, dans la mesure où la disposition légale relative à l'évaluation de la société est assez souple. En effet, selon l'article L.225-136, lorsque l'émission se fait par appel public à l'épargne, le prix d'émission des actions nouvelles doit être au moins égal à la moyenne des cours constatés pendant dix jours de bourse consécutifs parmi les vingt derniers précédant la date de l'émission pour les sociétés cotées ou à la part des capitaux propres par actions tels qu'ils résultent du dernier bilan approuvé ou tel qu'il ressort des conclusions d'un expert lorsque la société n'est pas cotée. La liberté de création de valeurs connaît une limite : *« Toute clause prévoyant ou permettant la conversion ou la transformation de valeurs mobilières*

représentatives d'une quotité du capital en autres valeurs mobilières représentatives de créances est nulle »²⁷⁷.

156. –Ce système offre au directeur financier la possibilité d'aménager leurs modalités aux caractéristiques et incertitudes de l'acquisition envisagée. En effet, lorsque l'acquisition est incertaine, ce mécanisme permet d'émettre des valeurs mobilières en permettant une conversion en actions lorsque « *l'acquisition devient certaine* » ou un remboursement anticipé en numéraire des titres de créance en cas de non-réalisation de l'acquisition. Ce processus de financement a été utilisé par la société LAFARGE dans le cadre d'une OPA hostile sur la société anglaise BLUE CIRCLE. La société LAFARGE avait émis avec maintien du droit préférentiel de souscription, une valeur mobilière composée de type ORIANE-BSA c'est-à-dire une obligation à option de remboursement en actions ou en numéraire assortie des bons de souscription d'actions²⁷⁸. Les modalités du remboursement dépendaient, de la réussite ou de l'échec de l'option d'achat sur BLUE CIRCLE

La pratique a révélé d'autres exemples de combinaisons²⁷⁹. Les OCA sont des obligations convertibles en actions c'est à dire qu'elles sont transformées en actions lors de l'exercice du droit de conversion²⁸⁰. Le porteur qui exerce le droit de conversion perd sa qualité d'obligataire pour acquérir la qualité d'actionnaire. Cette opération se traduit par une opération de capital. Ce mécanisme permet dans un premier temps d'augmenter la trésorerie puis dans un second temps lors de la conversion, il augmente les fonds propres. Pareillement aux OCA, les OBSA c'est-à-dire les obligations avec bons de souscription d'actions, encore dénommées obligation à warrant, sont des obligations qui donnent droit de souscrire des actions à émettre par la société. L'exercice du droit de souscription produit le même effet que l'exercice du droit de conversion : il l'emporte augmentation de capital social. L'attrait financier de ces mécanismes est que la rémunération de ces titres est inférieure à celles des obligations classiques en raison de l'existence du droit de conversion ou du warrant.

²⁷⁷ Art. L. 228-91, al. 3 du Code de commerce.

²⁷⁸ Obligation à option de remboursement en actions ou en numéraire assorties des bons de souscription d'actions (ORIANE-BSA) Lafarge (AMF, visa n°00-174, 9 février 2000.)

²⁷⁹ V. notamment, Th. Bonneau, La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, art. préc., spécialement n° 24, p. 550.

²⁸⁰ Art. L.225-161 et s.

157. –La recherche de financement peut amener le directeur financier à utiliser le mécanisme des bons autonomes. Ces bons également dénommés « *bons secs* » ou « *bons indépendants* » ne sont pas rattachés à une autre valeur mobilière. Ils sont soumis au régime des valeurs mobilières et donnent le droit de souscrire des titres représentant une quote-part du capital de la société émettrice²⁸¹. Ce mécanisme permet à la société émettrice de mobiliser à bref délai des capitaux sans astreinte au formalisme des augmentations de capital et de percevoir à l'avance une partie de la prime d'émission qu'elle pourrait demander lors des augmentations de capital résultant de l'utilisation des bons. Ces bons représentent également plusieurs intérêts pour les investisseurs car l'effet relatif des bons de souscription, autonomes ou attachés à un titre permet non seulement de prévenir le risque de dilution en pourcentage de la participation, mais il permet également de prévenir la dilution économique, c'est-à-dire la perte de la valeur des actions détenues par un investisseur du fait d'une émission d'actions nouvelles à un prix inférieur à la valeur vénale des actions existantes.

Si le directeur financier souhaite éviter une augmentation de capital, il peut privilégier le mécanisme des OEA c'est-à-dire les obligations échangeables contre des actions. Cela nécessite que la société émette à la fois des obligations échangeables et des actions. Lorsque les porteurs des obligations échangeables exercent leur droit d'échange, ils perdent leur qualité d'obligataire pour acquérir celle d'actionnaire car ils reçoivent les actions détenues pas le tiers souscripteur qui, lui, récupère les obligations.

Dans l'hypothèse où, le cours des actions de la société ne permet pas leur émission, le directeur financier va privilégier les obligations remboursables en actions²⁸². Ce mécanisme permet à la société d'émettre des titres de créance qui donnent accès au capital social. Leur remboursement s'effectue par l'attribution d'actions.

158. –Il peut également combiner les deux derniers mécanismes en créant les obligations convertibles et ou échangeables en actions nouvelles ou existantes²⁸³. Elles sont

²⁸¹ Art. L.228-95 du Code de commerce.

²⁸² V. notamment, Th. Bonneau et M. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} éd. Economica. 2010, n° 107 ; A. Couret, J.-L. Guillot et F. Peltier, « Les emprunts obligataires donnant droit à des actions », *Dr.soc. Actes prat.* 1993, n° 8.

²⁸³ F. Vidal, « Les OCEANE submergent les obligations convertibles », *Option finance 1999*, n° 556, p. 10 ; L. Chevallard, « 1999 : l'année des OCEANE », *Option finance 1999*, n° 530, p. 10 ; A. Desclèves et J. Mougel, « Obligations complexes : les nouveaux mécanismes d'accès au capital de l'émetteur ou des sociétés du groupe », *Rev.Banq. dr.* n° 67.

apparues en 1998. L'objectif à la base de la création de ces titres réside dans la volonté de diminuer l'effet potentiellement dilutif, déjà signalé, des émissions d'obligations « transformables » en actions. Ce mécanisme est très flexible car il réserve le choix à l'émetteur de remettre aux porteurs qui lèvent l'option, soit des actions créées à cet effet, soit des actions préexistantes. L'intérêt du mécanisme pour le directeur financier est qu'il aura la maîtrise du processus de « transformation » en actions des titres obligataires. Cela permet d'adapter le financement au projet de l'entreprise, notamment si celui-ci n'est pas totalement défini et de gérer l'impact dilutif de son émission. Les OCEANE permettent également aux sociétés cotées de fractionner leur augmentation de capital grâce à la technique de la ligne de crédit ou equity credit line. Cela suppose qu'une banque s'engage envers la société émettrice à souscrire de petites augmentations de capital successives dans la limite d'un montant global prédéterminé. L'opération s'articule autour de deux phases principales. Dans un premier temps, la société émettrice réserve à la banque une émission d'OCEANE ; ce qui pose la suppression de droit préférentiel de souscription des actionnaires actuels. Dans un second temps, la société émettrice va pouvoir réaliser des levées de fonds successives. Pour ce faire, la banque s'engage alors, sur notification de l'émetteur et dans des limites préalablement définies. Une fois les actions souscrites par la banque, celle-ci peut les revendre immédiatement sur le marché, se rémunérant grâce à la décote conventionnelle du prix d'émission. L'equity line permet à l'entreprise de réaliser une opération qui combine les avantages de l'augmentation de capital réservée et de l'émission publique²⁸⁴.

159.—Les OCEANE sont des moyens de financement qui comportent de nombreux avantages pour les entreprises. Toutefois, elles nécessitent d'être aménagées pour éviter que les porteurs d'OCEANE d'une même émission exercent leur droit d'option en même temps, souvent à l'échéance de l'emprunt. Cela contraint l'émetteur, pour faire face à cet afflux de demandes, à recourir au mécanisme de la conversion plutôt qu'à celui de l'échange, provoquant alors l'effet de dilution que le titre composé était censé éviter. Ainsi pour éviter cet effet de dilution, certaines sociétés ont imaginé un montage dans lequel le nombre d'actions attribuées pour chaque OCEANE émise est dégressif au fur et à mesure que

²⁸⁴ Pour une étude approfondie, H. Le Nabasque, « Les nouvelles formes d'augmentation capital : l'equity line en liberté surveillée », *RD banc.fin.*2003, p.43 ; T. Le Bars, « les sociétés cotées fractionnent l'augmentation du capital », *JCP E.* 2002, p.1250 ; J-M. Do Carmo Silva, « Les lignes d'actions, ou equity lines, confrontées au droit des sociétés », *D.*2002. Chron.3325. V ; G. Kolifrath, « Une nouvelle voie pour le financement des sociétés : les « lignes de crédit actions », *RD banc.fin.*2001, p.267 ; N.Rontchevski, chno., *RTD com.*2001, p.942-943.

l'échéance de l'emprunt approche. La dégressivité ainsi stipulée suppose de diminuer parallèlement la valeur nominale de l'obligation et implique ce faisant un remboursement partiel de celle-ci à due concurrence. Le visa de la COB a été accordé à cette catégorie de montage, en l'assortissant toutefois d'un avertissement destiné à attirer l'attention des souscripteurs sur le fait que l'ajustement des parités de conversion conduit, *pro rata temporis*, à une diminution des droits des porteurs d'OCEANE²⁸⁵.

160. –Il existe également des mécanismes dont l'originalité résulte dans l'absence d'option du souscripteur comme l'illustre les obligations remboursables en actions. Le remboursement s'effectue nécessairement par des actions. Le titulaire prend des risques économiques, car il est exposé aux mêmes risques et pertes que les actionnaires. Le directeur financier va choisir ce mode de financement lorsque la société émettrice souhaitera renforcer ces fonds propres dans des conditions financières intéressantes. En effet, l'ORA donne droit à une rémunération minimale mais à un taux moindre que le taux servi aux obligations de même qualité.

161. –Le directeur financier doit réaliser des arbitrages complexes dans le choix des instruments financiers. Il doit concilier les intérêts divergents de l'actionnaire, de la société de capital-risque et de la société bénéficiaire du financement. La difficulté principale de l'émission de valeur mobilière est le risque de dilution des actionnaires de la société. Le directeur financier doit arbitrer entre le besoin de fonds propres de la société et la dilution de sa participation. Ainsi, les titres donnant accès au capital tels que les ORA, les OC ou les OBSA permettent à la société émettrice de bénéficier d'un financement sans diluer immédiatement l'actionnaire majoritaire. Le risque de dilution lié aux obligations convertibles peut être maîtrisé par une clause de remboursement anticipé qui limitera la dilution potentielle du capital. Ce mécanisme permet au directeur financier de préserver également l'intérêt de la société bénéficiaire. En effet, contrairement à un emprunt obligataire ordinaire, les conditions de l'endettement sont avantageuses, car les taux d'intérêt sont plus faibles. Egalement, les dividendes distribués aux détenteurs d'actions ne sont pas déductibles du résultat imposable de la société distributrice, les intérêts versés aux porteurs de l'obligation constituent en revanche une charge déductible du résultat imposable de la société emprunteuse. Ce

²⁸⁵ Th. Bonneau, Dr. Sociétés févr.2003, n°39,p.37.

mécanisme constitue une opération de « haut bilan » différée dans le temps, de nature à atténuer les effets de la dilution sur le bénéfice par actions et elle renforce immédiatement les fonds propres de la société.

Par ailleurs, certains de ces montages financiers permettent de maîtriser le risque de l'aléa pour la société. C'est le cas des obligations remboursables en actions qui présentent à cet égard un atout par rapport aux obligations convertibles car elles ne laissent pas peser d'aléa sur la société émettrice, aléa qui découle de l'option ouverte aux titulaires des obligations convertibles entre le remboursement à l'échéance et la conversion en actions²⁸⁶. En effet, si la société émettrice ne réalise pas les résultats escomptés par l'investisseur, ce dernier peut ne pas convertir ses titres en actions et attendre le remboursement de ses obligations ; cette option peut compromettre la situation financière de la société²⁸⁷.

B) Les modalités des financements

162. –La mise en œuvre des financements supposent pour le directeur financier d'entretenir des relations avec les partenaires La question qui se pose ici est de déterminer les obligations que doit accomplir le directeur financier pour obtenir le financement. Le directeur financier doit négocier (1) et il doit également informer le partenaire financier (2).

1) L'obligation de négocier les modalités du financement

163. –Le directeur financier doit négocier les modalités du financement avec les partenaires financiers notamment les établissements de crédit, les associés ou encore des sociétés de placements.

Cette obligation incombe en premier lieu à l'organe dirigeant, qui en tant que mandataire social de la société doit négocier les modalités des contrats conclus avec les partenaires financier. Dans les faits cette obligation va être exécutée par le directeur financier moderne. En effet, le directeur financier moderne maîtrise les modes de financement de la société. Il a les capacités pour négocier les modalités de financement conformes à l'intérêt

²⁸⁶ R. Montford, D. Chijner, « Recours au Bridge Loan dans les sociétés non cotées », *JCP. E*, 2002, n°1041, p.1130

²⁸⁷ R. Enguerad, « Les valeurs technologiques devant le mur de dettes convertibles », *Les Echos*, 4 novembre 2002, p.20.

social de l'entreprise.

La question se pose ici du fondement de l'obligation. Cette obligation de négociation ne découle pas de l'essence de la fonction du directeur financier. L'essence de la fonction du directeur financier se caractérise par la production et le contrôle de l'information financière et non par la négociation des modes de financement. L'absence de cette obligation ne viderait pas la fonction de sens. Par conséquent, cette obligation de négociation n'est pas essentielle à la fonction du directeur financier. On peut toutefois se demander si elle peut être déduite de la fonction du directeur financier. L'obligation de négociation des modalités financements permet d'obtenir des financements pour l'entreprise. L'exécution de cette obligation a impact sur le domaine financier. Cette obligation de négociations des modalités financières peut donc être déduite de la nature financière des fonctions du directeur financier.

164. –Il faut également s'interroger sur le contenu de cette obligation. Le directeur financier doit négocier les modalités du financement dans l'intérêt social de l'entreprise c'est-à-dire que les conditions du financement doivent être conformes à la fois aux intérêts de la société et aux intérêts des actionnaires. Cela suppose notamment de négocier avec les établissements de crédit pour les effets de commerce, les modalités de la convention de crédit d'escompte notamment le plafond d'encours, les commissions applicables, la durée maximale et minimale qui peut s'écouler entre l'effet et l'échéance ainsi que les garanties supplémentaires dont peut bénéficier le banquier.

Cette obligation de négociation est parfois étendue à l'obligation de conclusion c'est-à-dire que le directeur financier va conclure le contrat permettant d'obtenir le financement au nom et pour le compte de l'entreprise. Dans les faits, cela se matérialise notamment pour les effets de commerce par la signature du directeur financier sur les bordereaux permettant l'effet translatif de créance ou encore par la signature du directeur financier dans les divers contrats de financement.

Pour finir, il faut s'interroger sur l'intensité de l'obligation. L'obligation de négociation est une obligation de moyens. L'exécution de cette obligation est empreinte d'aléa et ne peut aboutir à un résultat déterminé. En effet, il existe plusieurs possibilités pour le directeur financier de mener les négociations. Il doit mettre tous les moyens en œuvre pour négocier conformément à l'intérêt social de l'entreprise.

2) L'obligation d'informer les partenaires financiers.

165. –Le directeur financier doit informer les partenaires financiers concernant la situation de la société. Cela se traduit par exemple par la nécessité d’apporter au banquier tous les renseignements utiles concernant la situation financière, la réputation, ainsi que la nature des activités exercées par la société. Ces informations permettent au directeur financier d’instaurer une relation de confiance avec le banquier et d’éviter que celui-ci refuse par exemple l’escompte car il estimerait avoir pris suffisamment de risques, soit en raison de l’encours global fixé pour le client, soit en raison des incertitudes qui pèsent sur le tiré²⁸⁸.

Parallèlement à l’obligation de négociation cette obligation ne résulte pas de l’essence des fonctions du directeur financier, mais elle peut être déduite des fonctions du directeur financier. En effet, le directeur financier, du fait de ses fonctions connaît la situation financière. Par conséquent, on peut déduire de cette connaissance de la situation financière, une obligation d’information des partenaires financiers. Egalement, cette obligation doit être qualifiée d’obligation de moyens. Cette obligation comporte un degré d’aléa car il existe plusieurs choix d’information possibles. Le directeur financier doit mettre tous les moyens en œuvre afin de fournir une information adéquate à la demande des professionnels du chiffre.

Section II La mutation des obligations d’élaboration de l’information

166. –Le directeur financier traditionnel élabore l’information financière. Cette obligation est limitée à l’enregistrement comptable et à la rédaction des comptes annuels. Le directeur financier ne prend aucune décision concernant le contenu final de l’information communiquée aux partenaires de la société. Il ne participe pas à la communication de l’information financière. Ce domaine est réservé à l’organe dirigeant.

Ce rôle limité du directeur financier a évolué. Le directeur financier moderne va au-delà de l’obligation d’élaboration, il communique l’information financière aux partenaires de la société. L’objectif de ce paragraphe est de démontrer l’évolution des fonctions traditionnelles (**Paragraphe I**) et de déterminer le contenu de l’obligation de communication du directeur financier (**Paragraphe II**).

²⁸⁸ Voir sur la résiliation de la convention de crédit d’escompte cass.com, 8 décembre 1987, n°87-11.170 : *Bull.civ.IV*, n°264.

Paragraphe I De l'élaboration à la communication de l'information financière

167. –Les différents scandales financiers ont mis en lumière la nécessité de maîtriser la diffusion des informations financières notamment celles diffusées par les sociétés cotées. Les compétences financières et l'expérience du directeur financier lui ont permis de devenir le candidat idéal pour assurer la communication de l'information aux bénéficiaires. En effet, traditionnellement garant de l'élaboration de la production de l'information comptable, il voit ses fonctions s'élargir, vers des fonctions de diffusion de l'information aux partenaires. Les obligations de communication sont intégrées aux fonctions modernes du directeur financier (I). Cette obligation est déduite de la nature des fonctions du directeur financier (II). L'attribution de nouvelles compétences rapprochent le directeur financier du statut de mandataire social, car la communication représente une des fonctions essentielles du dirigeant.

I) L'intégration de l'obligation de communication aux fonctions du directeur financier

168. –Il faut préciser que cette obligation relève en premier lieu des fonctions de l'organe dirigeant. En effet, la diffusion de l'information financière représente un enjeu majeur de la gestion de la société par l'organe dirigeant pour plusieurs raisons. Elle permet notamment aux bénéficiaires de l'information de déterminer si le l'organe dirigeant a exécuté son obligation de gestion de la société dans l'objectif de maximiser la performance de l'entreprise. Egalement, la diffusion de l'information financière va avoir des conséquences importantes sur les capitaux de la société. Suite à la diffusion de l'information les actionnaires ou associés peuvent décider de vendre leur action ou leur part sociale. Egalement, les établissements de crédits peuvent refuser des facilités de paiement. Par conséquent, l'obligation de diffusion de l'information, est par principe de la compétence des organes dirigeants de la société. Ils ont l'obligation en tant que représentant légaux de la société de gérer l'aspect financier et économique de la société.

Cette charge de l'obligation de diffusion par l'organe dirigeant est illustrée par l'article 221-1 du Règlement général de l'AMF qui précise que les obligations relatives à la communication financière notamment les informations périodiques et permanentes s'imposent au dirigeant de l'émetteur, c'est-à-dire aux représentants légaux. De par ses fonctions de

mandataire social, le dirigeant est supposé maîtriser la communication financière. L'AMF déduit cette obligation de la seule qualité de dirigeant et des fonctions qui en découlent. Pour l'AMF, du fait de ses fonctions, il appartient au dirigeant de vérifier l'exactitude des informations en cause avant d'en autoriser la communication publique²⁸⁹. Cette obligation résulte de l'essence de l'organe dirigeant titulaire d'un mandat social.

169.—Contrairement à l'organe dirigeant, cette obligation de diffusion de l'information ne constitue pas l'essence de la fonction du directeur financier. Le directeur financier n'est pas titulaire, en principe, d'un mandat social. En effet, l'essence de la fonction du directeur financier est de diriger la production et l'exploitation de l'information financière. Nous avons vu que dans le cadre de l'exploitation de l'information financière, il transmet une information à l'organe dirigeant nécessaire à la prise de décision financière. Cette information a pour objectif de renseigner l'organe dirigeant pour construire la politique financière. Elle ne concerne pas les partenaires financiers. Par conséquent, le directeur financier, non titulaire d'un mandat social n'a pas pour obligation de diffuser l'information financière aux partenaires financiers. Cette obligation ne relève pas de l'essence de ses fonctions de directeur financier. Pourtant, suite aux différents scandales financiers résultant pour la plupart de manipulation comptable, le directeur financier est devenu débiteur de l'obligation de communication financière. En effet, l'organe dirigeant a choisi le directeur financier pour exécuter ses obligations de communication. La question qui se pose ici, est de déterminer pourquoi l'organe dirigeant a porté son choix sur le directeur financier plutôt qu'un autre salarié. Le directeur financier se distingue des autres salariés par ses compétences financières ainsi que ses obligations traditionnelles d'élaboration des comptes qui lui permettent d'avoir des connaissances approfondies de la situation de l'entreprise. Il a les connaissances nécessaires pour établir une communication efficace auprès des partenaires. Il connaît la situation financière de l'entreprise ainsi que ses atouts et ses défauts. Il a donc les capacités pour établir une communication conforme aux dispositions légales qui permettra également de mettre en valeur la société auprès des partenaires de la société.

II) Le fondement de l'obligation de communication

170.—La question se pose ici de déterminer le fondement de cette obligation de communication à la charge du directeur financier.

²⁸⁹ Décision de la commission des sanctions, 5 juillet 2007, à l'égard des sociétés Marionnaud, KPMG, Cofired et MM.Marcel et Gérard Friedman, Yves Giouhir et Gérard Caro.

Cette obligation ne résulte pas de l'essence des fonctions du directeur financier. Egalement, aucune disposition légale ne met à la charge du directeur financier une obligation de communication de l'information financière²⁹⁰. Malgré une absence de fondement légal, le directeur financier est parfois débiteur d'une obligation de diffusion de l'information financière. En effet, cette obligation peut être mise à la charge du directeur financier par une volonté expresse des parties au sein d'un contrat, par le biais d'une délégation de pouvoirs. L'organe dirigeant va déléguer au profit du directeur financier une obligation de communication financière à l'égard des tiers.

171. –En l'absence de mention explicite au sein d'un contrat, cette obligation de diffusion va être déduite par le juge de la nature des fonctions du directeur financier comme l'illustre un arrêt de la Cour d'appel. En l'espèce, le directeur financier avait omis d'informer les agences de notation de la décision des organes dirigeants d'effectuer des investissements dégressifs au Brésil et des conséquences financières que cela pourrait avoir sur la situation financière de la société. Les juges ont constaté que le directeur financier avait manqué à une obligation de communication de l'information financière. Cette obligation n'a pas été constatée explicitement dans le contrat, elle a été déduite par les juges de la nature des fonctions du directeur financier. Ils ont affirmé que « *compte tenu de ses fonctions de directeur financier et de son niveau de responsabilité, il ne pouvait ignorer la stratégie de l'entreprise et l'importance d'informer les agences de notation des conséquences financières résultant des décisions de l'organe dirigeant* »²⁹¹. Les juges déduisent cette obligation de communication des fonctions et des responsabilités du directeur financier. Cela signifie que le directeur financier produit et exploite l'information financière de la société. Il a donc une connaissance approfondie du domaine financier de l'entreprise. Cette connaissance de la stratégie financière par l'organe dirigeant va entraîner une obligation implicite de diffuser une information conforme aux dispositions légales.

La question se pose de déterminer le contenu de cette obligation de diffusion de l'information financière.

²⁹⁰ Contrairement aux États-Unis, la loi SOX oblige le directeur financier à certifier les comptes sociaux qui sont soumis à publication. Le directeur financier est donc tenu légalement d'une obligation de diffusion d'une information financière conforme aux dispositions légales.

²⁹¹ CA, Lyon, Chambre sociale, 9 avr. 2010, n°08/04380.

Paragraphe II Le contenu de l'obligation de diffusion de l'information financière

172. –Le directeur financier est tenu de diffuser une information financière conforme aux dispositions légales. Il faut dans un premier temps, définir les bénéficiaires de l'information financière (I), puis dans un deuxième temps déterminer les modalités de diffusion de l'information financière (II).

I) Les bénéficiaires de l'obligation de diffusion de l'information financière

173. –Le directeur financier va diffuser une information financière aux partenaires de la société. La question se pose ici de déterminer les partenaires de la société.

Les travaux du cadre conceptuel 2010 déterminent les bénéficiaires de l'information financière²⁹². Il s'agit dans un premier temps des créanciers présents et futurs de l'entreprise. A titre d'exemple, le cadre conceptuel nomme les investisseurs et des prêteurs²⁹³. Le terme « *investisseur* » n'est pas défini de manière générale par le législateur. On peut le définir comme une personne physique ou morale qui va investir dans la société sur le long terme. Il s'agit, selon la forme sociale, des associés ou des actionnaires de la société. L'information financière va concerner les associés ou actionnaires actuels de l'entreprise, mais elle peut également concerner les associés ou actionnaires futurs qui prévoient d'acheter des parts ou des actions.

Le cadre conceptuel détermine comme bénéficiaires de l'information les prêteurs de l'entreprise²⁹⁴. Les prêteurs représentent les prestataires de services bancaires notamment les établissements de crédit, les sociétés de financement ainsi que les entreprises d'investissement. Leurs décisions ont trait à l'achat, à la vente ou à la conservation de titres de capitaux propres ou de créance, et à la fourniture ou au règlement de prêts et d'autres formes de crédit. Les partenaires de l'entreprise, qu'ils soient actionnaires, associés ou prêteurs ont un intérêt à être informés car leurs décisions dépendent des rendements qu'ils attendent d'un placement dans ces titres sous forme, notamment, de dividendes, de remboursement avec

²⁹² IASB, Cadre conceptuel de l'information financière, 2010, Objectif, utilité et limite de l'information financière à usage général.

²⁹³ *Ibid.*, §OB2.

²⁹⁴ *Idem.*

intérêts ou d'augmentation du prix de marché. Ils ont besoin de connaître la situation financière de la société afin d'évaluer la situation financière de l'entreprise et plus particulièrement les entrées nettes et futures de la trésorerie de l'entreprise. Les partenaires de l'information financière ne sont pas restreints au créancier actuel ou futur de l'entreprise. En effet, les autorités réglementaires telles que l'autorité des marchés financiers ont droit à être informées²⁹⁵.

174. – Cette information doit être également étendue aux professionnels du marché à savoir les agences de notation ainsi que les analystes financiers. Les agences de notation ont pour obligation d'évaluer les risques de solvabilité des emprunteurs²⁹⁶. L'information des agences de notation est primordiale dans le financement de l'entreprise. En effet, une information incomplète de l'agence de notation peut entraîner une diminution de la note et entraîner des difficultés pour trouver des financements avantageux pour la société c'est-à-dire avec un taux d'intérêt faible.

Egalement, les analystes financiers ont pour fonction d'interpréter l'information communiquée par l'entreprise, d'évaluer la valeur future de l'entreprise et d'émettre une opinion sur les investissements²⁹⁷. L'absence d'information ou une information erronée peuvent entraîner des conséquences sur l'investissement des partenaires de l'entreprise.

Pour finir, les professionnels indépendants tels que les professionnels du chiffre, les commissaires aux comptes ou encore les experts-comptables doivent être informés par le directeur financier de la situation financière de la société.

II) Les modalités de diffusion de l'information financière

175. – Le directeur financier doit diffuser une information conforme aux dispositions légales (A), adaptée notamment aux professionnels du marché (B).

A) Une information conforme aux dispositions légales

176. – Afin de permettre aux bénéficiaires de l'information financière d'appréhender la

²⁹⁵ IASB, Cadre conceptuel de l'information financière, 2010, § OB9.

²⁹⁶ Les deux principales agences de notation sont Moody's ou standard and Poor's. Elles établissent des « rating » en fonction du risque d'insolvabilité des entreprises publiques ou privées. Chaque agence possède son propre système de notation, les notes s'établissent de A à D

²⁹⁷ Société Française des Analystes Financiers (SFAF), « Guide pour une meilleure communication entre les sociétés cotées et analystes financiers », mai 2002.

situation financière, le législateur a multiplié les informations financières rendant le respect de l'obligation de diffusion de l'information financière complexe. Se pose alors la question de définir l'information sur laquelle porte l'obligation de communication du directeur financier (1), ainsi que les modalités de diffusion (2).

1) Le contenu de la communication financière

177. –Les informations diffusées aux bénéficiaires par le directeur financier vont dépendre de la forme sociale de l'entreprise. Dans les sociétés non cotées, l'obligation du directeur financier va être limitée car l'information financière est essentiellement diffusée lors des assemblées générales annuelles et extraordinaires selon des règles légales définies. Cette obligation de communication financière prend une autre dimension dans les sociétés cotées. En effet, l'information financière diffusée sur les marchés financiers par les sociétés cotées est beaucoup plus complexe, du fait de la diversité et de la multiplicité des partenaires sociaux. La diffusion de l'information a pour objectif de garantir la transparence financière. L'étendue, la périodicité et le contenu de ces informations sont particulièrement encadrés par l'autorité des marchés financiers.

178. –Selon le règlement général de l'AMF, l'émetteur est soumis à une l'obligation de diffusion d'une information réglementée²⁹⁸. Cette information se traduit par trois catégories d'informations à savoir l'information périodique, occasionnelle et permanente. L'information occasionnelle correspond à l'information ponctuelle que l'émetteur doit diffuser lors d'une opération spécifique. L'information permanente est l'information privilégiée que tout émetteur coté sur un marché réglementé ou sur un SMNO (Alternext) doit porter à la connaissance du public. Enfin, l'information periodique est celle qui est susceptible si elle est rendue publique d'avoir une influence sur le cours de la bourse. Elle doit être diffusée par les sociétés cotées et portés à la connaissance du public dans les plus brefs délais.

²⁹⁸ Art.221-1 du Règlement général. Le Règlement général énonce le contenu de l'information réglementée. Il s'agit du rapport financier annuel, du rapport financier semestriel, des informations financière trimestrielles, des informations relatives au nombre d'actions et droits de vote composant le capital, des communiqués précisant les modalités de mise à disposition ou de consultation des documents préparatoires à l'assemblée générale, l'information privilégiée, des déclarations par les dirigeants et leurs proches des opérations réalisées sur les titres de l'émetteur.

179. –L’information financière est la clé d’un fonctionnement efficient des marchés²⁹⁹. Elle permet une allocation équitable des ressources entre ses différents acteurs. Afin de garantir l’efficacité de l’information financière, le directeur financier doit adapter l’information financière aux besoins des bénéficiaires, elle doit être pertinente, utilisable, significative, comparable, vérifiable, récente et transmise avec célérité. L’AMF précise dans son règlement général que l’information doit être « *exacte, précise et sincère* »³⁰⁰. La qualité de l’information financière est primordiale pour les investisseurs car elle va lui permettre de prendre les décisions adéquates.

L’IASB détermine dans son cadre conceptuel³⁰¹ le contenu de l’information nécessaire aux besoins des partenaires financiers que les rédacteurs, notamment, le directeur financier doivent élaborer. Selon l’IASB, le directeur financier doit anticiper les besoins des utilisateurs. Pour prendre leurs décisions, les partenaires financiers ont besoin de connaître la situation financière, son évolution ainsi que ses performances. Pour évaluer les perspectives relatives à la trésorerie, les partenaires financiers ont besoin d’information sur les ressources de l’entité. Afin de répondre à cette demande, le directeur financier va élaborer des rapports financiers qui vont déterminer la situation financière de l’entreprise. Selon l’IASB³⁰², ces rapports contiennent deux informations utiles pour la prise de décisions à savoir, une information relative aux ressources économiques de l’entreprise, sur les droits d’autrui sur ces ressources ainsi que des informations sur les effets des transactions qui modifie ces ressources ainsi que ces droits. Ces informations peuvent aider les utilisateurs à identifier les forces et les faiblesses de l’entreprise³⁰³.

180. –L’obligation d’information du directeur financier ne se limite pas à la transmission d’une information selon certains critères. Il doit également s’assurer que le bénéficiaire de l’information ait compris l’information diffusée. Cela implique, pour le directeur financier de renforcer son obligation d’information par une obligation d’explication

²⁹⁹ J-B. Poulle, « La régulation par l’information des marchés financiers », *LPA*.2009, n°15,p.6.

³⁰⁰ AMF, Règlement général, Homologué par un arrêté du 12 nov. 2004, JO du 24 nov. 2004, modifié par un arrêté du 22 sept. 2014 JO du 26 sept. 2014, « livre II, Emetteurs et information financière » Art. 223-1 ; Position AMF n°2013-03 « Communication des sociétés lors de de l’émission de titres de capital ou donnant accès au capital ne donnant pas lieu à la publication d’un prospectus au visa de l’AMF », document crée le 4/02/2013.

³⁰¹ IASB, Cadre conceptuel de l’information financière, 2010, § OB12.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ IASB, Cadre conceptuel de l’information financière, 2010, § OB13.

de l'information. L'absence d'explication par le directeur financier a été sanctionnée par les magistrats. A ce titre, les juges ont constaté un manquement du directeur financier à ses obligations pour ne pas avoir expliqué aux actionnaires les écarts considérables entre les prévisions établies et les résultats réels³⁰⁴. Dans un autre arrêt, la responsabilité du directeur financier a été engagée pour ne pas avoir expliqué aux agences de notation les conséquences créées par l'investissement agressif fait au Brésil qui pouvait avoir des conséquences momentanées sur l'endettement³⁰⁵.

181. –La question se pose alors de déterminer si l'obligation de diffusion de l'information financière du directeur financier doit être renforcée par une obligation de diligence particulière. La détermination d'une obligation de diligence particulière nécessite de déterminer si le directeur financier est tenu d'une obligation de résultat ou de moyens. En l'absence de détermination expresse des parties, il faut examiner l'obligation de diffusion de l'information financière du directeur financier au regard des critères élaborés par la jurisprudence et notamment le critère de l'aléa. La diffusion de l'information financière conforme aux dispositions légales est aléatoire, elle dépend de la méthode comptable utilisée pour produire l'information. Par conséquent, par principe, le directeur financier ne peut pas être tenu d'une obligation de résultat concernant l'obligation de diffusion de l'information conformément aux dispositions légales. Toutefois, l'obligation de célérité relative à la diffusion de l'information financière doit être qualifiée d'obligation de résultat. Le directeur financier doit en effet parvenir à un résultat déterminé c'est-à-dire transmettre l'information financière dans les délais.

2) Les modalités de diffusion de l'information financière

Au-delà de la diffusion du document de référence comportant l'ensemble des obligations définies par l'art 221-1 du Règlement général l'obligation d'information permanente impose aux émetteurs mais aussi au directeur financier lorsqu'il est débiteur de l'obligation de communication, de communiquer sans délai leurs résultats ainsi que les

³⁰⁴ CA. Aix en Provence, 8 janv.2007, n°05/18908.

³⁰⁵ Cass. Soc., 4 avr. 2012, n°10-18.928, inédit.

éléments significatifs de leurs comptes sociaux et consolidés dès que ceux-ci sont arrêtés³⁰⁶.

Par ailleurs, la diffusion de l'information doit être intégrale et effective³⁰⁷. Cette diffusion prend la forme de communiqué. Il existe deux catégories de communiqués. La première catégorie de communiqué concerne l'information permanente relative à l'arrêté des comptes annuels ou semestriels. La deuxième catégorie de communiqué concerne l'information périodique par la diffusion du rapport financier annuel qui comporte l'ensemble des informations relatives à l'exercice ou au semestre concerné³⁰⁸. Les communiqués concernant l'information permanente a fait de l'objet d'une recommandation de la part de l'AMF. L'autorité administrative a précisé ce qui lui paraît souhaitable d'inclure au sein de ses communiqués. Selon cette recommandation, *« l'émetteur a la responsabilité de faire comprendre au marché sa stratégie, les caractéristiques économiques de ses marchés et leurs tendances, les principaux déterminants de sa performance, sa sensibilité aux variables exogènes conjoncturelles et le cas échéant, ses objectifs »*³⁰⁹.

182.—Lorsqu'il exécute cette obligation, le directeur financier dispose de deux supports lui permettant de diffuser l'information financière. Il peut effectuer une communication par voie électronique ou par voie de presse³¹⁰. La diffusion par voie électronique est le mode de communication qui permet de garantir les obligations d'intégralité et d'effectivité de l'information exigées par le Règlement général car il offre un accès rapide et quasi simultané à l'information réglementée³¹¹. Le directeur financier peut également communiquer l'information financière par voie de presse. Cette modalité de diffusion de l'information est imposée par l'article L.621-7 X du Code monétaire et financier. Elle se

³⁰⁶ J-C., Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts. 391.

³⁰⁷ Art. 221-14 II du Règlement général. L'information intégrale et effective doit atteindre le plus large public possible et dans un délai aussi court que possible entre sa diffusion en France et dans les autres Etats membres de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Elle doit être transmise aux médias dans son intégralité et d'une manière qui garantisse la sécurité de la transmission, minimise le risque de corruption des données et d'accès non autorisé et apporte toute certitude quant à la source de l'information transmise. Elle doit également être communiquée aux médias selon les modalités signalant clairement l'émetteur concerné, l'objet de l'information réglementée ainsi que l'heure et la date de sa transmission par l'émetteur.

³⁰⁸ J-C., Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts. 395.

³⁰⁹ Recommandation AMF sur la communication financière des sociétés cotées à l'occasion de la publication de leurs résultats, mise en ligne le 5 février 2010, p.4.

³¹⁰ J-C., Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts. 242 et suiv.

³¹¹ Art. 221-4 du Règlement général.

matérialise par l'insertion d'avis financiers ou de publicités dans la presse écrite, quotidienne ou périodique, à contenu économique ou financier³¹². Ce mode de communication a fait l'objet d'une recommandation de la part de l'AMF³¹³.

B) Une information adaptée aux professionnels du marché

183. –Les professionnels du marché sont des organismes ou des individus ayant des connaissances approfondies concernant la finance et intervenant de manière significative à la compréhension de la situation financière des sociétés. Le directeur financier entretient des relations régulières avec notamment deux professionnels du marché à savoir les analystes financiers (1), et les agences de notation (2).

1) Les relations du directeur financier et des analystes financiers

184. –Les analystes financiers sont des professionnels du marché chargés d'étudier les sociétés cotées afin d'établir des recommandations d'investissement à destination des investisseurs institutionnels, sur la base des informations publiques fournies par l'émetteur et celles disponibles sur le marché³¹⁴. Leurs analyses portent sur la performance financière, ils se basent sur les informations financières publiées par les sociétés cotées. La société française des analystes financiers propose une définition similaire « *la fonction de l'analyste financier vise à interpréter l'information communiquée par l'entreprise, évaluer la valeur future de l'entreprise et émettre une opinion d'investissement* »³¹⁵. Il existe deux catégories d'analystes financiers, les « sell side » et les « buy side ». Les « sell side » sont employés par des prestataires de services d'investissement qui diffusent leurs travaux de recherche et leurs recommandations auprès de clients. Les « buy side » sont employés par les sociétés de gestion de fonds pour lesquelles ils réalisent des recherches à usage interne afin de les aider dans leur stratégie d'investissement. A partir des informations récoltées, ils vont établir le consensus du

³¹² J-C., Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts. 270.

³¹³ Recommandation de l'AMF du 20 janvier 2007 sur la communication financière par voie de presse écrite des sociétés cotées sur un marché réglementé.

³¹⁴ P. Clermontel, « *Le droit de la communication financière* », éd. Joly, 2009, pts 493

³¹⁵ Société française des analystes financiers (SFAF), « Guide pour une meilleure communication entre les sociétés cotées et analystes financiers », mai 2002.

marché. Le consensus de marché se définit comme « l'amalgame des facteurs prévisibles conjoncturels ou opérationnels, et se traduit par une prévision de résultat net par action, généralement hors éléments exceptionnels, émise par la communauté des analystes financiers »³¹⁶.

185.—Le directeur financier doit être particulièrement vigilant au contenu de l'information diffusée. En effet, il doit respecter le principe d'égalité énoncé par le règlement générale de l'AMF « *l'émetteur doit assurer en France un accès égal et dans les mêmes délais aux sources et canaux d'information que l'émetteur ou ses conseils mettent spécifiquement à la disposition des analystes financiers à l'occasion d'opérations financières* »³¹⁷. Ce principe interdit au directeur financier de transmettre une information privilégiée. Cette interdiction est énoncée par l'article 622-2 du Règlement Général de l'AMF « *sont concernés par cette obligation d'abstention, les membres des organes d'administration, de direction, de gestion, de surveillance de l'émetteur, les personnes qui ont accès à l'information du fait de leur travail, profession ou fonction, participation à la préparation et à l'exécution d'une opération financière* ». Le directeur financier du fait de ses fonctions et de ses obligations financières participe à la préparation et à l'exécution de la stratégie financière, il a accès à l'information privilégiée, l'obligation d'abstention définie par le Règlement Général lui est applicable.

Il doit s'abstenir d'utiliser l'information privilégiée qu'il détient en acquérant ou en cédant, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, soit directement, soit indirectement, les instruments financiers auxquels ces instruments sont liés³¹⁸. Il doit également, s'abstenir de communiquer cette information à une autre personne en dehors du cadre normal de son travail, de sa profession ou de ses fonctions ou à des fins autres que celles à raison desquelles elle lui a été communiquée. Il ne doit pas recommander à une autre personne d'acquérir ou de céder ou de faire acquérir ou céder par une autre personne, sur la

³¹⁶ Voir le Rapport du groupe de travail présidé par Monsieur Jean-François Lepetit sur les « avertissements sur les résultats » publié le 6 avril 2000, source COB, P.6.

³¹⁷ AMF, Règlement général, homologué par un arrêté du 12 nov. 2004, JO du 24 nov. 2004, modifié par un arrêté du 22 sept. 2014 JO du 26 sept. 2014, « livre II, Emetteurs et information financière » Art. 223-1 ; Position AMF n°2013-03 « Communication des sociétés lors de de l'émission de titres de capital ou donnant accès au capital ne donnant pas lieu à la publication d'un prospectus au visa de l'AMF », document crée le 4/02/2013, art.223-10-1.

³¹⁸ Art. 622-1 al.1 du Code monétaire et financier.

base d'une information privilégiée, les instruments financiers auxquels se rapporte cette information ou les instruments financiers auxquels ces instruments sont liés.

Cette disposition légale interdit par exemple au directeur financier d'indiquer aux analystes financiers que le taux de marge opérationnelle ne saurait pas à la hauteur de ce qui était attendu³¹⁹. La Cour d'appel de Paris a condamné le directeur financier sur le fondement de l'article 222-4 du Règlement général pour avoir diffusé une information privilégiée aux analystes financiers concernant la nécessité d'abaisser les marges opérationnelles attendues pour l'exercice clos. La Cour a constaté que c'est suite aux informations diffusées par le directeur financier aux analystes financiers, qu'ils ont revu à la baisse leur consensus sur le taux de marge opérationnelle et que cette information n'a pas été diffusée simultanément au public. Cette information diffusée aux analystes financiers constitue un « profit warring » qui va à l'encontre de principe de l'égalité des analystes financiers.

186. – Ce principe d'égalité est toutefois altéré par l'exigence de fournir une information complète aux analystes financiers. Il ne s'agit pas de fournir une information privilégiée aux analystes mais de leur octroyer certains avantages afin de s'assurer qu'ils ont eu accès à une information complète. Ces avantages se manifestent notamment par des conférences téléphoniques ou des communications privées réservées aux analystes financiers³²⁰. A ce titre, la Cour d'appel a estimé que ces avantages ne constituaient pas une information privilégiée. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a estimé que le marché était suffisamment informé de l'impact des ouvertures des nouveaux magasins et que le directeur financier s'est borné à tirer les conséquences logiques que les analystes n'avaient pas pris en compte³²¹.

La question qui se pose ici est de déterminer le contenu de cette information. Un groupe de travail a établi des recommandations afin de préciser l'information diffusée aux professionnels du marché. Ces recommandations soulignent que les individus chargés de la communication, en l'espèce le directeur financier, doivent s'assurer que les analystes acquièrent une information claire concernant les éléments structurels et conjoncturels déterminant les performances de l'émetteur et, le degré de sensibilité des résultats aux

³¹⁹ CA. Paris, 21 novembre 2010, n°2010/04661

³²⁰ J-C, Vidal, P.Mudet, « *communication financière* », éd.Francis Lefebvre, 2011, pts 574.

³²¹ CA Paris, 24 février 2004, société Grandvision.

variations des principaux facteurs³²².

Par ailleurs, pour éviter de transmettre des informations privilégiées aux analystes financiers, le directeur financier doit éviter d'être en contact avec les analystes pendant « la quiet period » c'est-à-dire, la période qui précède l'annonce des résultats annuels et intermédiaires, car les résultats de l'entreprise sont connus précisément par l'entreprise. Aucune disposition légale n'impose le respect de cette période par le directeur financier. Il s'agit seulement de recommandations établies par un groupe de travail afin de prévenir les risques de diffusion d'information privilégiée.

2) Les relations du directeur financier et des agences de notation³²³

187.—Les agences de notation évaluent la solvabilité de l'emprunteur selon des méthodes standardisées et attribuent une note. Le secteur de la notation financière est dominé par trois agences, Moody's Investors service³²⁴, Standard and Poor's³²⁵ et Fich Investors Service³²⁶. L'information diffusée aux agences de notation est primordiale pour la société, car elle détermine le niveau de notation. Cette notation a un impact direct sur les investisseurs car la notation est une indication de la probabilité de défaillance de la société. Elle est un facteur déterminant de la marge de crédit pour un risque donné³²⁷. Egalement la diminution de la notation entraîne une augmentation du coût de l'emprunt existante ou future voire un remboursement anticipé. La question qui se pose est de déterminer si le directeur financier peut communiquer une information privilégiée aux agences de notation. Contrairement aux analystes financiers, le directeur financier peut communiquer une information privilégiée aux agences de notation. En contrepartie, elles sont tenues aux obligations de confidentialité et d'abstention applicables aux initiés³²⁸.

³²² Voir le Rapport du groupe de travail présidé par J-F. Lepetit sur les « avertissements sur les résultats » publié le 6 avril 2000, source COB, P.13.

³²⁴ Dit Moody's créée en 1909 par John Moody.

³²⁵ Filiale du groupe McGraw&Hill.

³²⁶ Filiale du groupe français Fimalac.

³²⁷ P. Clermontel, « *Le droit de la communication financière* », éd.Joly, 2009, pts 493.

³²⁸ *Ibid.*, pts 496.

Conclusion du 1^{er} chapitre

188. –La modernisation des obligations de production concerne l'élaboration et l'exploitation de l'information financière.

Au sein de certaines entreprises, le rôle de l'information financière a évolué. Son objectif n'est plus limité à l'enregistrement de données chiffrées, elle doit également permettre de garantir l'efficience des marchés financiers. Pour ce faire, elle doit être complétée par une information extracomptable qui doit être introduite au sein des documents comptables. Le traitement de cette information par le directeur financier exige qu'il aménage sa technique comptable traditionnelle afin de mettre en place une comptabilité environnementale.

La modernisation des obligations de production concerne également l'exploitation de l'information comptable. L'obligation d'exploitation de l'information comptable ne se limite plus à une analyse de la performance de l'entreprise, elle doit également permettre le développement de la croissance interne et externe de l'entreprise. Acteur de l'élaboration de l'information financière, le directeur financier devient également acteur de la communication de l'information. Cette obligation découle de la nature de ses fonctions et plus particulièrement de sa connaissance approfondie de la situation financière de l'entreprise. Lors des communications financières, le directeur financier doit respecter des dispositions légales relatives au contenu et aux modalités de diffusion.

Chapitre II La modernisation des obligations de contrôle

189. – Suite à la crise de confiance dans les mécanismes du marché provenant d'une absence de contrôle de l'information financière et comptable, de nouvelles lois ont été promulguées pour renforcer le cadre et les obligations des entreprises en terme de contrôle interne, notamment la loi Sarbanes Oxley (SOX)³²⁹ aux Etats-Unis ainsi que la loi de sécurité financière en France³³⁰. Ces lois ont imposé aux sociétés d'élaborer un rapport faisant état de la mise en place d'un contrôle interne afin de garantir la fiabilité de l'information financière.

La question se pose ici de définir la notion de contrôle interne. La notion de contrôle interne a été définie dès 1977 par l'Ordre des Experts-Comptables comme *« l'ensemble des sécurités contribuant à la maîtrise de l'entreprise. Il a pour but d'un côté d'assurer la protection, la sauvegarde du patrimoine et la qualité de l'information, de l'autre, l'application des instructions de la direction et de favoriser l'amélioration des performances. Il se manifeste par l'organisation des méthodes et des procédures de chacune des activités de l'entreprise pour maintenir la pérennité de celle-ci »*³³¹. Cette définition du contrôle interne élaborée par les professionnels du chiffre ne limite pas le contrôle au domaine comptable et financier. En effet, l'expression « maîtrise de l'entreprise » sous-entend que le contrôle interne va porter au-delà du domaine financier et comptable. Cette étendue du champ

³²⁹ Loi Sarbanes-Oxley, « Loi visant à protéger les investisseurs en améliorant l'exactitude et la fiabilité des publications dans les entreprises conformément aux lois sur les valeurs mobilières, ainsi qu'à d'autres fins apparentées », loi fédérale du Congrès des Etats-Unis, Public law 107-204 publiée le 30 juillet 2002.

³³⁰ Loi de Sécurité financière n°2003-706, du 2 Août 2003, parue au JO n°177 du 2 Août 2003.

³³¹ Ordre des experts-comptables, Congrès (32, 1977, Paris), « Le contrôle interne/XXXIIe Congrès national du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés », publication Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables et comptables agréés.

d'application du contrôle interne est confirmée par la définition élaborée par la norme des commissaires aux comptes. Elle dispose que le système du contrôle interne est « l'ensemble des politiques et des procédures mises en œuvre par la direction d'une entité en vue d'assurer, dans la mesure du possible, la gestion rigoureuse et efficace de ses activités. Ces procédures impliquent le respect des politiques de gestion, la sauvegarde des actifs, la prévention et la détection des irrégularités et inexactitudes, l'exactitude et l'exhaustivité des enregistrements comptables et l'établissement en temps voulu d'informations financières et comptables fiables »³³².

Au même titre que les professionnels du chiffre, le champ du contrôle effectué par le directeur financier va au-delà d'un contrôle des éléments comptables. L'objectif de ce chapitre est de déterminer quelles sont les obligations du directeur financier concernant le contrôle interne. Cela implique d'analyser le fondement de ces obligations (**section I**), ainsi leur contenu (**section II**).

³³² *Idem.*

Section I Le fondement de l'obligation de contrôle interne

190. –Certains législateurs étrangers ont affirmé le rôle joué par le directeur financier dans le contrôle interne (**paragraphe I**). Ce fondement légal de l'obligation du directeur financier n'a cependant pas été confirmé par le législateur Français (**paragraphe II**).

Paragraphe I La reconnaissance par le droit américain du rôle du directeur financier

191. –Les obligations concernant le contrôle interne ont été règlementées pour la 1^{ère} fois par un texte américain, la loi Sarbanes-Oxley Act 107-204 du 30 juillet 2002 (dit loi SOX). Cette loi énonce dans son préambule qu'elle a « *pour but de protéger les investisseurs en améliorant l'exactitude et la fiabilité des informations publiées par les entreprises* ». Dans son rapport de suivi, dédié à l'analyse de la mise en œuvre de la loi, la Sécurité and Exchange Commission (SEC) a précisé que cette dernière « *est la conséquence directe des scandales financiers majeurs impliquant des entreprises telles que Enron ou World-com* »³³³. Cette loi comporte un volet concernant l'obligation pour les dirigeants des sociétés américaines d'évaluer l'efficacité et la qualité de leur système de contrôle interne. Les législateurs américains, dans une volonté de fiabilité de l'information financière ont reconnu au directeur financier des obligations concernant le contrôle interne. Cette loi fait explicitement référence au directeur financier en tant que débiteur de l'obligation. En effet, la loi mentionne « *the principal executive officer or officers and the principal financial officer or officers, or persons performing similar functions* » soit dans les faits, le CEO et le CFO »³³⁴.

³³³ SEC Office of Economic, sept. 2009.

³³⁴ Article 302 de la loi SOX s'intitule « De la responsabilité de l'entreprise au regard des reportings financiers ».

La loi SOX impose au directeur général et au directeur financier de compléter le rapport annuel par un rapport sur le contrôle interne³³⁵. Ce rapport doit comporter une certification de la part du directeur financier et du directeur général. Il s'agit d'une déclaration, accompagnant le rapport des auditeurs, qui certifie la validité des états financiers et des indications hors bilan contenues dans le rapport annuel (ou le rapport périodique). Ils doivent également signaler que les états financiers présentent de manière sincère, dans tous leurs aspects significatifs, la situation financière et les résultats de l'activité de l'entreprise.

Au-delà de la certification des états financiers, le directeur financier et le directeur général attestent qu'ils :

- sont responsables de la mise en place et du maintien du contrôle interne ;
- ont conçu ce contrôle de telle sorte que toute information significative concernant l'entreprise et les sociétés consolidées est connue par les dirigeants, notamment pendant la période de préparation des rapports périodiques ;-
- ont évalué l'efficacité du contrôle interne de l'entreprise à moins de 90 jours de la publication des rapports ;
- ont présenté dans leur rapport leurs conclusions concernant l'efficacité du contrôle interne fondées sur leur évaluation.

En outre, les dirigeants doivent signaler aux auditeurs et au comité d'audit les déficiences dans le contrôle interne ainsi que les fraudes liées au contrôle interne. Enfin, ils doivent mentionner dans leur rapport s'il y a eu des changements significatifs dans le contrôle interne après la date d'évaluation.

³³⁵ Article 404 de la Loi Sarbanes-Oxley :

(a)« The Commission shall prescribe rules requiring each annual report required by section 13 (a) or 15 (d) of the Securities Exchange Act of 1934(...) to contain an internal control report, which shall :

- 1) State the responsibility of management for establishing and maintaining an adequate antique internal control structure and procedures for financial reporting; and
- 2) Contain an assessment, as of the end of the most recent fiscal year of the issuer, of the effectiveness of the internal control structure and procedures of the issuer for financial reporting.

(b) Internal control evaluation and reporting. – With respect to the internal control assessment required by subsection(a), each registered public accounting firm that prepares or issues the audit report for the issuer shall attest to, and report on, the assessment made by the management of the issuer. An attestation made under this subsection shall be made in accordance with standards dor attestation engagements issued or adapted by the Board. Any such attestation shall not be the subject of a separate engagement”.

192. – Cette reconnaissance du directeur financier comme débiteur de l'obligation de contrôle a été affirmée également par le législateur canadien. Pareillement à la loi SOX, les autorités canadiennes en valeurs immobilières ont élaboré le règlement 52-109 « *Attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des sociétés cotées* » adopté le 4 juin 2003. Les autorités exigent que le directeur financier certifie en son nom que les documents déposés par la société ne contiennent pas d'information fausse ou trompeuse et donnent une image fidèle de la situation financière de l'entreprise. Ils attestent également qu'« *ils ont conçu ou fait concevoir des contrôles et des procédures efficaces afin de fournir l'assurance raisonnable que l'information importante relative à l'émetteur leur est communiquée ; qu'ils ont évalué l'efficacité des contrôles et des procédures de communication de l'information et présenté leurs conclusions relatives à cette évolution dans le rapport de gestion annuel* ».

Paragraphe II L'absence de reconnaissance du rôle du directeur financier par le droit français

193. – Un an après la loi SOX aux Etats-Unis, le législateur français a promulgué la loi de sécurité financière dite LSF du 1^{er} août 2003³³⁶. Elle avait pour objectif de « *consolider la crédibilité des places financières françaises, rassurer les actionnaires et investisseurs, améliorer l'environnement des entreprises et stimuler ainsi la croissance du pays dans un contexte international marqué (...) par des scandales financiers* ». Initialement, la loi avait un périmètre d'application limitée aux sociétés anonymes cotées et non cotées. Depuis la loi dite Breton du 26 juillet 2005, le périmètre a été étendu aux sociétés offrant des titres au public.

En matière de contrôle interne deux obligations ont été imposées au travers des articles 117 et 120 de la loi. L'article 117, suite à la promulgation de la loi a modifié l'article L.225-37 du Code de commerce « *le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L.225-100, L.225-102, L.225-102-1 et L.233-26, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société. Sans préjudice des dispositions de l'article L.225-56, le rapport indique en outre les éventuelles limitations que*

³³⁶ Loi de Sécurité financière n°2003-706, du 2 Août 2003, parue au JO n°177 du 2 Août 2003.

le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général ». Suite à la promulgation de la loi, l'AMF a précisé dans une recommandation que les émetteurs « *doivent entamer une démarche progressive d'évaluation leur permettant d'aboutir à une appréciation sur l'adéquation et l'efficacité de leurs procédures de contrôle interne* », mais que « *du fait de la lourdeur d'un tel processus et à l'instar des systèmes étrangers, une certaine souplesse leur est laissée sur les modalités et les délais de mise en œuvre de cette démarche* ».

Suite à la transposition de deux directives européennes, deux dispositions légales ont fait évoluer les obligations du contrôle interne. Il s'agit dans un premier temps de la loi du 3 juillet 2008 qui a transposé en droit français la directive 2006/46/CE du 14 juin 2006. Cette loi a renforcé les obligations de transparence des sociétés commerciales en matière de gouvernement d'entreprise et de procédures de contrôle interne. Elle a étendu l'objet du rapport du président concernant le contrôle interne aux procédures de gestion des risques mises en place par la société. Elle a en outre imposé à l'entreprise d'appliquer un code de gouvernance et d'en préciser le référentiel selon le concept du *comply or explain*. Le code largement adopté par les sociétés françaises est le code de gouvernance AFEP-MEDEF.

Dans un second temps, l'ordonnance du 8 décembre 2008 a transposé la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 dite « 8^{ème} directive » sur le contrôle légal des comptes. Elle a notamment mis en place un comité d'audit chargé d'assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière.

194. – La loi française contrairement à la loi Américaine ne mentionne pas le directeur financier comme débiteur de l'obligation. Les principaux acteurs visés par la loi sont le conseil et le Comité d'audit³³⁷, le président du Conseil³³⁸, la direction générale³³⁹. Toutefois, le directeur financier peut, dans les faits être débiteur d'une telle obligation. Cette obligation de contrôle interne a pour objectif de mettre en place des politiques en vue d'assurer, dans la mesure du possible, la gestion rigoureuse et efficace de ses activités. Le système de contrôle interne s'étend au-delà des domaines directement liés au système

³³⁷ Article L.225-35 al.1 et 3 du Code de commerce, Art. L.225-100 du Code de commerce.

³³⁸ Art. L.225-51 du Code de commerce.

³³⁹ Art.L225-56 du Code de commerce.

comptable³⁴⁰. Cette obligation ne constitue par l'essence de la fonction du directeur financier car elle consiste à effectuer un contrôle global de l'entreprise au-delà des informations comptables. Cette obligation de contrôle interne, bien qu'elle ne soit pas essentielle, peut être déduite de la nature des fonctions financière et notamment de l'obligation de contrôle de l'information financière. En effet, ses fonctions traditionnelles le définissent comme le garant de la fidélité de l'information financière. Il contrôle la sincérité des informations comptables. C'est pourquoi, le choix du directeur financier se trouve justifié par la direction générale pour lui attribuer des obligations relatives au contrôle interne lors de l'application de la loi financière³⁴¹. Dans les faits, le président ne signera pas son rapport s'en s'assurer au préalable du contrôle par le directeur financier, matérialisé ou non par sa signature. En effet, l'objectif du contrôle interne est de mettre en place des politiques en vue d'assurer, dans la mesure du possible, la gestion rigoureuse et efficace de ses activités. Le système de contrôle interne s'étend au-delà des domaines directement liés au système comptable³⁴².

Section II Le contenu de l'obligation de contrôle interne

195. –Les récentes dispositions légales imposent aux organes dirigeants d'élaborer une information concernant le contrôle interne. Dans les faits, l'organe dirigeant va confier l'exécution de cette obligation au directeur financier.

Cette section, a pour objectif de déterminer quel est le contenu de cette obligation. Le directeur financier doit compléter les rapports financiers par des informations concernant le contrôle interne (**section I**), et il doit mettre en place un système de contrôle interne au sein de l'entreprise non limité au domaine financier (**section II**).

³⁴⁰ CNCC 2-301 du 5 juillet 2003.

³⁴¹ Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion, « Les cahiers techniques de la DFCG : Directeur financier et contrôle interne : rôle et responsabilité, A l'usage des entreprises industrielles et commerciales », 2006, p.19.

³⁴² CNCC 2-301 du 5 juillet 2003.

Paragraphe I L'élaboration d'une information concernant le contrôle interne

196. – Les bénéficiaires de l'information financière ont besoin de connaître la politique de l'entreprise concernant le contrôle interne car cela constitue un gage de fidélité de l'information diffusée. Par conséquent, le directeur financier doit intégrer l'information concernant le contrôle interne aux rapports financiers traditionnels.

L'information contenue dans les rapports n'est pas limitée au contrôle interne, elle comprend également la gestion des risques. Cette information doit apparaître au sein de trois documents, le rapport du président³⁴³(I), le rapport de gestion³⁴⁴(II) et le rapport trimestriel (III). Ces rapports viennent compléter l'information financière traditionnelle élaborée par le directeur financier.

La question qui se pose ici est de déterminer le contenu de ses différents rapports.

I) L'intégration de l'information relative au contrôle interne au sein du rapport du président

197. – L'élaboration du rapport du président est envisagé par l'article L.225-37 al.6 du Code de commerce, le rapport doit rendre compte « *des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mise en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et le cas échéant, pour les comptes consolidés* ». Le directeur financier n'est pas mentionné par le législateur comme débiteur de l'obligation. Selon l'article L.225-37 al.6 du Code de commerce le rapport doit être élaboré et signé par le président. Toutefois, dans les faits, le directeur financier va parfois élaborer cette information.

198. – Il convient de s'interroger alors sur le fondement de cette obligation. Cette obligation ne découle pas de l'essence des fonctions du directeur financier. En effet, l'essence de la fonction du directeur financier se traduit par des obligations d'élaboration de l'information comptable. L'obligation d'élaboration d'une information relative au contrôle interne se caractérise par une information extracomptable, par conséquent, elle ne peut être

³⁴³ Art.L.225-37 du Code de commerce.

³⁴⁴ Les articles L.225-100 et L.225-100-2 du Code de commerce listent l'ensemble des informations devant figurer dans le rapport de gestion en matière de risque, à savoir principalement une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.

qualifiée d'obligation essentielle. Cette obligation est déduite de la nature de ses fonctions et notamment de l'obligation de l'information comptable. En effet, l'obligation essentielle d'élaboration de l'information comptable est étendue à une obligation d'élaboration de l'information extracomptable. Cette déduction de l'obligation d'élaboration de l'information relative au contrôle interne est justifiée par le fait que l'information relative au contrôle interne a des conséquences sur l'information financière. Par conséquent, compte tenu de la proximité des informations, le directeur financier peut être amené à participer à l'élaboration de cette information extracomptable.

199. – Cette obligation suppose pour le directeur financier d'élaborer un rapport du président concernant l'information relative au contrôle interne et à la gestion des risques. Le législateur ne mentionne pas explicitement le contenu du rapport. Compte tenu de l'absence de normalisation, le directeur financier doit prendre en compte les recommandations établies par l'AMF ³⁴⁵ au sein desquelles, elle développe le contenu de l'information. L'AMF recommande de porter une attention particulière à la présentation du rapport afin de faciliter la compréhension de l'information concernant le contrôle interne et la gestion du risque par les partenaires de l'entreprise. A ce titre, le directeur financier doit lier le rapport avec la stratégie et/ ou le modèle économique. Il s'agit de spécifier comment le contrôle interne est intégré dans la stratégie et dans le choix du modèle économique de la société. Les informations concernant le contrôle interne et la gestion des risques doivent respecter un plan correspondant au référentiel adopté afin que les partenaires financiers puissent comparer les données. Les ressources et les services affectés au contrôle interne doivent apparaître de manière claire et complète. Le directeur financier doit également fournir une description des acteurs clés du contrôle interne et de toutes les parties prenantes de la gestion des risques. Cela suppose pour le directeur financier d'identifier toute les personnes exerçant un contrôle, de déterminer leur mode de reporting ainsi que leurs missions respectives. Selon ces recommandations, le directeur financier doit également établir dans le rapport la description des procédures et des objectifs de contrôle interne³⁴⁶. Il doit définir dans le rapport le périmètre de contrôle interne et mentionner le référentiel de contrôle interne utilisé³⁴⁷. Il s'agit pour le

³⁴⁵ Recommandation AMF n°2013-17 Rapport des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques – Présentation consolidée des recommandations contenues dans le rapports annuels de l'AMF.

³⁴⁶ *Ibid.*, §1

³⁴⁷ *Ibid.*, §4

directeur financier de préciser s'il a utilisé un cadre de référence ou le guide de mise en œuvre du cadre de référence pour la rédaction du rapport³⁴⁸.

Dans une démarche d'autoévaluation et d'amélioration, le directeur financier doit indiquer au sein du rapport s'il a procédé ou non à une évaluation de contrôle interne. Enfin, il doit décrire les résultats des évaluations et détailler les pistes d'amélioration de leur processus de contrôle interne et de gestion des risques. Il doit communiquer sur les défaillances ou insuffisances qui auraient été révélées par une évaluation ou à tout moment, en particulier lors de la préparation du rapport³⁴⁹.

II) L'intégration de l'information relative à la gestion des risques au sein du rapport de gestion

200. – L'article L.225-100 du Code de commerce énonce « *le rapport de gestion comporte une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée* ». Egalement, le règlement européen³⁵⁰ énonce « *de mettre en évidence, dans une section intitulée « facteurs de risque », les facteurs de risque propres à l'émetteur ou à son secteur d'activité* ». Pareillement au rapport du président, le directeur financier n'est pas mentionné par le législateur comme débiteur de l'obligation. Toutefois, dans les faits, il élabore le rapport de gestion et il établit les mécanismes de contrôle interne et de gestion des risques. Par conséquent, le directeur financier doit élaborer au sein du rapport de gestion une information concernant la gestion des risques. La question se pose de définir le contenu du rapport relatif à la gestion des risques.

201. – Les normes comptables ont apporté des précisions concernant le contenu du rapport interne. La norme « IFRS 7³⁵¹ énonce que l'entreprise doit fournir des informations concernant « *la nature et l'ampleur des risques découlant des instruments financiers (...) ainsi que la manière dont l'entité gère ces risques* ». La norme IAS 36 précise que les méthodes de dépréciation d'actifs doivent apparaître dans le rapport de gestion car elles peuvent constituer un risque. En effet, contrairement à la méthode de l'amortissement qui ne comporte pas d'aléa, les enregistrements de dépréciation d'actifs constitue une forme de

³⁴⁸*Ibid.*, §5

³⁴⁹*Ibid.*, §7.

³⁵⁰Règlement Européen n°809/2004 de la commission du 29 avril 2004, annexe I, rubrique 4.

³⁵¹ « IFRS 7 – Instruments financiers : informations à fournir » est d'application obligatoire pour tous les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007

risque (pertes de valeur sur actifs incorporels à durée de vie limitée). L'objectif de la norme 36 est *« de prescrire les procédures qu'une entité applique pour s'assurer que ses actifs sont comptabilisés pour une valeur qui excède sa valeur recouvrable si sa valeur comptable excède le montant à recouvrer par son utilisation ou sa vente. Si tel est le cas, l'actif est déclaré comme s'étant déprécié et la norme impose que l'entité doit reprendre une perte de valeur et prescrit de fournir certaines informations »*. La norme IAS 37 régit les critères d'estimation financière et les bases d'évaluation appliqués aux passifs éventuels. Ces derniers constituent des risques qui doivent être envisagés par le directeur financier car ils sont des obligations potentielles à l'égard d'un tiers qui ne sont ni probables ni certaines à la date de la clôture de l'exercice ou des obligations probables à l'égard d'un tiers pour lesquelles la sortie de ressource de l'est pas.

202. – Egalement, cette information relative à la gestion des risques a été envisagée par l'AMF au sein d'un guide concernant l'élaboration des documents de référence³⁵². Ce guide regroupe l'ensemble de la doctrine élaborée par l'AMF sur l'information à donner par les entreprises dans les principaux chapitres de leur document de référence notamment au rapport de gestion et à l'élaboration de l'information concernant la gestion des risques. L'AMF préconise d'adapter l'information concernant les facteurs risques à aux spécificités de la société. Elle énonce que le rédacteur, en l'occurrence, le directeur financier *« doit éviter les développements trop standardisés qui pourraient être appliqués à toute une série de sociétés, sans vraiment refléter la réalité de la société et surtout les spécificités des risques auxquels l'émetteur est confronté. Il doit mettre en évidence et présenter les facteurs de risque avec clarté et précision en mettant davantage en avant les risques qu'il considère comme significatifs »*³⁵³. La présentation des risques spécifiques doit présenter une partie sur les liens entre l'activité déployée et les risques identifiés ainsi qu'une partie sur la gestion et le suivi de ces différents risques.

III) L'intégration de l'information relative à la gestion des risques au sein du rapport semestriel

203. – Depuis le 1^{er} septembre 2008, le directeur financier doit également faire figurer une information concernant les risques dans le rapport semestriel. En effet, conformément à la directive « Prospectus et Transparence » dont les principales dispositions ont été retranscrites

³⁵² Recommandation AMF n°2009-16 « Guide d'élaboration des documents de référence ».

³⁵³ *Ibid.*, p.24.

au sein de l'article L.451-12 du Code monétaire et financier, les sociétés cotées doivent publier un rapport financier semestriel comprenant des comptes condensés pour le semestre écoulé, présentés, le cas échéant, sous une forme consolidée. Le contenu de ce rapport a été précisé par l'article 222-6 du règlement général de l'AMF qui énonce que « *le rapport semestriel d'activité indique au moins les événements importants survenus pendant les six premiers mois de l'exercice et leur incidence sur les comptes semestriels. Il comporte une description des principaux risques et des principales incertitudes pour les six mois restants de l'exercice.* »

Paragraphe II La mise en œuvre du contrôle

204. –Le directeur financier participe à la mise en œuvre de l'obligation de contrôle. Il va contrôler l'efficacité du contrôle interne mis en place grâce à des référentiels (I), puis il va mettre en place des procédures de contrôle interne (II).

I) Le contrôle de l'efficacité du contrôle interne

205. –La loi du 3 juillet 2008 ainsi que l'ordonnance de décembre 2008, entrée en vigueur en 2010 impose aux sociétés cotées de « *s'assurer du suivi et de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques* ». Se pose alors la question de la détermination « *d'un contrôle efficace* ». Un système de contrôle est efficace s'il fournit une assurance raisonnable que les objectifs établis par l'entreprise seront atteints³⁵⁴. Il s'agit ici d'une obligation de moyens. Le directeur financier ne peut pas garantir que les objectifs de la société seront garantis par les procédures de contrôle interne, mais il doit mettre en œuvre tous les moyens possibles pour garantir la fidélité de la sécurité de l'information financière.

La volonté du législateur est de permettre à l'entreprise de pouvoir évaluer les pratiques de contrôle interne dans le cadre d'une démarche d'amélioration. Une telle évaluation est impossible sans référence. Il existe deux référentiels principaux : le référentiel COSO et le cadre de référence établi par l'AMF.

206. –Le référentiel COSO a été établi par le Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. Il s'agit d'une commission à but non lucratif dont l'une des

³⁵⁴ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, « Référentiel intégré de contrôle interne. Principe de mise en œuvre et de pilotage », éd Eyrolles 2014, pts 125.

principales missions a été de créer un référentiel de contrôle interne. Dès 1992, la commission a élaboré le référentiel COSO I dont l'objectif est de permettre aux entreprises de mettre en place des systèmes de contrôle interne efficaces. L'édition française de ce référentiel dénommée « La nouvelle pratique du contrôle interne » est parue en 1994. De nombreuses entreprises ont utilisé ce guide. *« Il est reconnu comme un référentiel faisant autorité pour la conception, la mise en place et le pilotage du contrôle interne ainsi que l'évaluation de son efficacité »*³⁵⁵. Depuis sa diffusion, le référentiel initial a été modifié pour s'adapter à l'environnement économique et opérationnel des entreprises. Ainsi, a été publié en 2004, le COSO II dénommé « Enterprise Risk Management – Integrated Framework ». Il s'agit d'un nouveau référentiel, dédié à la gestion des risques. Les référentiels COSO ont été mis à jour en mai 2013. L'Institut Français de l'Audit et du Contrôle interne et le cabinet PWC se sont associés pour traduire et diffuser en France le nouveau référentiel COSO au sein d'un ouvrage intitulé « COSO, Référentiel intégré de contrôle interne. Principes de mise en œuvre et de pilotage ».

207. –Dès 2004, l'AMF a ressenti le besoin de créer un cadre de référentiel. L'AMF a établi un cadre de référence concernant une retranscription pratique du concept du contrôle interne. Pour établir ce cadre de référence, elle a fait appel à un groupe de travail qui a rédigé les principes généraux du contrôle interne. Suite à la promulgation de la loi du 3 juillet 2008 qui a eu pour conséquence d'étendre le rapport du président aux procédures de gestion des risques, l'AMF a jugé opportun de développer un volet relatif aux risques juridiques et pour ce faire, elle s'est appuyée sur des référentiels connus soit COSO II et la norme ISO 31000 :2009. Ainsi le cadre de référence concernant le contrôle interne élaboré en 2007 a été modifié et renommé en 2010 « cadre de référence du contrôle interne et de la gestion des risques ». Ce cadre de référence n'a pas une valeur contraignante, il constitue une « soft law ». L'AMF énonce dans une recommandation du 22 juillet 2010 que *« les sociétés sont invitées à préciser, dans le rapport du président sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques, si elles sont appuyées sur ce cadre de référence complété du guide d'application, pour la rédaction du rapport. En cas d'application partielle du cadre de référence ou du guide, les sociétés devraient clairement identifier les domaines ou processus clés de contrôle interne et de gestion des risques qu'elles ont appliqué, compte tenu de la*

³⁵⁵ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, « Référentiel intégré de contrôle interne. Principe de mise en œuvre et de pilotage », éd Eyrolles 2014, pts 9.

nature de leurs activités, de leur taille et de leur mode d'organisation ». Il convient de s'interroger sur la force contraignante de la recommandation. Selon l'article L. 621-6, alinéa 2, « l'AMF peut publier des instructions et des recommandations aux fins de préciser l'interprétation du règlement général ». Comme les circulaires, les instructions et les recommandations sont des actes interprétatifs qui lient leur auteur, non le juge. Elles ont une portée générale, mais n'ont pas de caractère réglementaire. Si elles semblent constituer uniquement une invitation, « à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition » sans force obligatoire³⁵⁶, elles sont néanmoins ressenties par les opérateurs comme étant obligatoires.

II) La mise en place du contrôle interne

208. –Le directeur financier doit mettre en place un contrôle interne. Contrairement au directeur financier traditionnel, les obligations concernant la mise en place du contrôle interne par le directeur financier moderne vont au-delà de la garantie de la fiabilité de l'information financière. Il s'agit ici de déterminer le contenu de l'obligation. La mise en place d'un contrôle interne suppose pour le directeur financier moderne de mettre en place des procédures générales de contrôle interne (A) et des procédures particulières de gestion des risques (B).

A) Les procédures générales de contrôle interne

209. –Pour mettre en place des procédures de contrôle interne, le directeur financier va utiliser le référentiel COSO (1) ou le référentiel établi par l'AMF (2)

1) L'élaboration du contrôle interne selon les procédures définies par le référentiel COSO I

210. –Le référentiel COSO définit le dispositif du contrôle interne « comme un processus mis en œuvre par le Conseil d'administration, les dirigeants et le personnel d'une organisation, destiné à fournir une assurance raisonnable quant à la réalisation des objectifs suivants :

- la réalisation et l'optimisation des opérations ;
- la fiabilité des informations financières et de gestion ;
- la conformité aux lois et aux réglementations en vigueur. »

³⁵⁶ AMF, Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF, 7 déc. 2010

Selon le référentiel COSO I, le directeur financier va organiser les procédures de contrôle interne autour de cinq composantes interconnectées à savoir, l'environnement de contrôle, l'identification et l'analyse des risques, la réalisation des activités de contrôle et la communication des informations le pilotage.

L'environnement de contrôle est l'ensemble des normes, des processus et des structures qui constitue le socle de la mise en œuvre du contrôle interne dans la société³⁵⁷. Le directeur financier doit prendre en compte des facteurs ayant un impact sur l'environnement du contrôle à savoir, l'intégrité, l'éthique, la politique des ressources humaines, les organes de gouvernance.

La deuxième composante du contrôle interne est la prise en compte du risque qui fait l'objet de procédures particulières développées ci-après.

La troisième composante du contrôle interne est la mise en place d'activité de contrôle³⁵⁸. Les activités de contrôles sont les procédures mises en place qui vont permettre au directeur financier de s'assurer que les objectifs opérationnels, de reporting et de conformité sont atteints.

La quatrième composante est la communication de l'information. La question se pose de déterminer la nature de l'information. Selon le référentiel COSO, l'information qui doit être diffusée est l'ensemble des informations de sources internes et externes nécessaires à la prise de décision³⁵⁹. Cette information doit respecter certains critères qualitatifs. Elle doit être pertinente, claire et communiquée avec célérité. Cette information doit être diffusée aux salariés, à l'organe dirigeant et aux tiers.

La cinquième composante est le pilotage. Le mécanisme du pilotage implique notamment la surveillance de la mise en œuvre des procédures de contrôle interne. Cela suppose de procéder à des évaluations continues et ponctuelles afin de s'assurer que chacune des composantes du contrôle interne fonctionnent de manière efficace³⁶⁰.

³⁵⁷ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, « Référentiel intégré de contrôle interne. Principe de mise en œuvre et de pilotage », éd Eyrolles 2014, pts 35.

³⁵⁸ *Ibid.*, pts 38.

³⁵⁹ *Ibid.*, pts 39.

³⁶⁰ *Ibid.*, pts 40.

2) *L'élaboration du contrôle interne selon les procédures définies par le référentiel de l'AMF*

211. –Le référentiel élaboré par l'AMF définit le contrôle interne comme « un ensemble de moyens, de comportements, de procédures et d'actions adaptés aux caractéristiques propres de chaque société qui :

- contribue à la maîtrise de ses activités, à l'efficacité de ses opérations et à l'utilisation efficiente de ses ressources ;
- doit lui permettre de prendre en compte de manière appropriée les risques significatifs, qu'ils soient opérationnels, financiers ou de conformité.

Le dispositif du contrôle interne vise à assurer cinq objectifs qui sont :

- la conformité aux lois et règlements ;
- l'application des instructions et des orientations fixées par la direction générale ou le directoire ;
- le bon fonctionnement des processus internes de la société, notamment ceux concourant à la sauvegarde de ses actifs ; la fiabilité des informations financières »³⁶¹.

212. –Le premier objectif consiste à assurer la conformité de la société aux lois et aux règlements. L'autorité des marchés financiers souligne dans ses recommandations que la conformité réglementaire est le premier objectif du contrôle interne.³⁶² Elle implique pour une entreprise de se soumettre « *aux exigences d'une loi, d'un texte réglementaire, ou de toute norme émanant d'un organisme doté d'un pouvoir de cet ordre, et dont le non-respect pourrait être sanctionné par un juge ou une autorité de régulation* »³⁶³.

Cette première exigence impose au directeur financier de veiller au respect par la société des dispositions légales c'est-à-dire au respect des normes juridiques élaborées par le législateur ou une autorité dotée du pouvoir réglementaire. Ces normes juridiques sont de nature contraignante, lorsqu'elles s'accompagnent d'un système de sanction pouvant être prononcées par le juge ou par une autorité désignée par la norme.

³⁶¹ AMF, le « dispositif de contrôle interne : cadre de référence », 22 janv.2007, p.16.

³⁶² *Idem*.

³⁶³ C. Roquilly, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », cah. dr. entr. n°6, novembre 2009, dossier 34.

Au-delà de ces sources, il existe d'autres normes³⁶⁴ qui se développent au sein de l'entreprise issues de la pratique professionnelle. Il s'agit des règles issues du « soft law » c'est-à-dire les codes de conduite, les chartes éthiques, les normes déontologiques et les autres formes d'engagement volontaire de l'entreprise. Aucune définition légale ne définit cette notion de « soft law ». Certains auteurs ont proposé une définition de cette notion. Au sein du rapport du Conseil d'Etat de 2013³⁶⁵, le terme « soft law » est traduit en français sous la notion de « droit souple »³⁶⁶. L'étude propose une définition du droit souple qui regroupe plusieurs instruments répondant à trois conditions cumulatives :

- Ils ont pour effet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible leur adhésion ;
- Ils ne créent pas par eux-mêmes de droit ou d'obligation pour leurs destinataires ;
- Ils présentent par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente à des règles de droit.

L'essence même du « soft law » est de ne pas contraindre mais de recommander. Un certain nombre de codes ou guides de conformité, de bonnes pratiques, ou encore de bonne gouvernance, ont été développés à travers le monde. A titre d'exemple on peut citer le Manuel des pratiques d'entreprise, élaboré par la Chambre de commerce internationale destinée à lutter contre la corruption ou encore les recommandations de l'OCDE en matière de droit de la concurrence. Ces codes complètent les normes juridiques en apportant des recommandations ou des interprétations.

Cette évolution vers « un droit souple », complexifie son application dans la mesure où la loi renvoie parfois à un code de conduite. Ce dernier peut contenir des règles qui lui sont propres, mais également il peut contenir des normes issues directement de la loi. Le directeur financier se trouve alors confronté à la nécessité et aux difficultés de distinguer les dispositions auxquelles la société doit impérativement se soumettre sous peine de sanction, et

³⁶⁴ A ce titre, P.Jestaz qualifie les règles issues de la soft law comme sources du droit : « Bien que la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine soient traditionnellement regardées comme les grandes, sinon les seules sources du droit, une conception plus moderne et dynamique n'hésite pas à y ajouter une soft law issue de la pratique administrative et professionnelle et que l'on a pu appeler, à juste titre droit spontané ». P.Jestaz, Les sources du droit, 2^{ème} éd. Dalloz, 2015, p.42 ; P. Sablière, « Une nouvelle source du droit ? », AJDA., 2007.66.

³⁶⁵ J.Richard, « Les rapports du conseil d'Etat, l'étude annuelle du conseil d'Etat », documentation française, 2013, p.9.

³⁶⁶ C.Vigouroux, J.Richard., « Du droit mou au droit souple », AJDA, 2013, 18 25.

celles auxquelles elle peut ne pas se conformer.

213. – Afin de clarifier la situation, la directive 2006/46 a ajouté à la directive 78/660 un article 46 bis qui énonce que les sociétés cotées devront inclure dans leur rapport annuel un état du gouvernement d'entreprise. Cet état devra contenir la référence du code auquel l'entreprise est soumise ou auquel elle a volontairement décidé d'adhérer, ainsi que les raisons pour lesquelles elle n'adhère pas à ce code, ou les éléments qu'elle n'applique pas³⁶⁷. Ce principe du « *comply or explain* » a été instauré au sein du Code de commerce. L'article L.225-37 dispose que « *lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été.(...) Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise* ».

La soumission de l'entreprise à la norme juridique n'est ni automatique, ni systématique, les dirigeants et les managers prennent des décisions rationnelles au regard des avantages que pourrait tirer l'entreprise à ne pas se conformer à cette norme³⁶⁸.

214. – Le deuxième objectif établi par le cadre de référence impose au directeur financier de veiller à l'application des instructions et des orientations fixées par la Direction Générale ou le Directoire. Ces instructions et orientations peuvent également être fixées par le directeur financier en matière financière. Elles doivent être communiquées aux collaborateurs concernés en fonction des objectifs assignés à chacun d'entre eux, afin de fournir des orientations sur la façon dont les activités devraient être menées. Il doit également informer régulièrement les collaborateurs et les organes dirigeants des normes applicables à l'entreprise. Cette obligation d'information doit être exécutée avec célérité afin de permettre à l'organe dirigeant de prendre les décisions qui s'imposent.

215. – Le troisième objectif exige de sauvegarder les actifs des actionnaires. Il s'agit

³⁶⁷ Directive 2006/46/CE, 14 juin 2006 : JOUE n° L 224, 16 juin 2006 p.1.

³⁶⁸ P.Bromiley, A.Marcus, « The deterrent to dubious corporate behavior: profitability, probability, and safety recalls: Strategic Management Journal, 1989, 10, p.233.

pour le directeur financier de mettre en place des procédures permettant de déterminer la performance financière. Ces analyses produites par le directeur financier, permettent à l'organe dirigeant de prendre des décisions destinées à développer l'entreprise et à assurer la pérennité de celle-ci. L'obligation du directeur financier de mettre en place des processus internes financier s'étend aux domaines extra financiers c'est-à-dire, au domaine industriel, commercial.

B) La gestion du risque

216. –La mise en place du contrôle interne implique pour le directeur financier de gérer le risque juridique. La question ici est de définir la notion de risque (1), puis de déterminer les procédures nécessaires à sa gestion (2).

1) La notion du risque

217. –Le référentiel COSO définit le risque comme la possibilité qu'un évènement survienne et ait un impact défavorable sur la réalisation des objectifs³⁶⁹. L'AMF le définit comme « *la possibilité qu'un évènement survienne et dont les conséquences seraient susceptibles d'affecter les personnes, les actifs, l'environnement, les objectifs de la société ou sa réputation* ». Notre étude est limitée aux risques juridiques. Le risque juridique résulte d'un certain degré d'incertitude devant frapper la norme³⁷⁰. Le directeur financier doit identifier et analyser le cadre réglementaire, mais également déterminer le niveau de risque que l'entreprise est prête à prendre³⁷¹.

218. –La première étape va être pour le directeur financier d'identifier et d'analyser les risques. Il s'agit ici d'établir la cartographie des risques. Cette démarche permet d'analyser les risques majeurs d'un groupe et de les classer en fonction de leur probabilité de survenance. La cartographie des risques va constituer un outil d'aide à la décision pour que l'entreprise

³⁶⁹ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Référentiel intégré de contrôle interne. Principe de mise en œuvre et de pilotage*, éd. Eyrolles 2014, pts 267.

³⁷⁰ C.Collard, « Le risque juridique existe-t-il ?- Contribution à la définition du risque juridique », CDE 2008, dossier 3.

³⁷¹ Guidance on Enterprise Risk Management – Integrated Framework, 2004, également connu sous l'appellation « COSO2 ».

définisse des actions préventives. La question se pose du contenu de la typologie des risques. Le professeur Dupichot a dressé une typologie du risque juridique en proposant une classification fondée sur sa source³⁷². Après avoir souligné que « *le risque juridique est polymorphe et imprévisible* » et « *impossible à identifier avec précision* »³⁷³, l'auteur propose de distinguer deux types de risques juridiques :

- Les risques juridiques objectifs, extrinsèques à l'entreprise, c'est-à-dire provenant de l'environnement, notamment les risques liés à la multiplication des normes et à leur instabilité ainsi que les risques judiciaires provoqués par les conséquences d'un contentieux sur l'image de l'entreprise ;
- Les risques juridiques subjectifs, intrinsèques à l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils puisent leur cause au sein de l'organisation ;

D'autres auteurs ont dressé « un tableau des risques de l'entreprise »³⁷⁴. Ils proposent de répartir les risques selon trois axes : les risques juridiques caractérisés par leurs conséquences ; les risques juridiques identifiés en considération de leurs causes ; les risques juridiques définis par les domaines dans lesquels ils interviennent. Ils soulignent tout d'abord que les risques juridiques auxquels l'entreprise est exposée ont directement ou indirectement des conséquences financières. En effet, lorsque le risque juridique se réalise il génère une destruction de valeur de nature a priori financière. Au-delà, de l'impact financier du risque, il est possible de classer le risque selon cinq types de conséquences :

- le risque pénal : la responsabilité pénale de l'entreprise, la responsabilité pénale des dirigeants ainsi que de leur délégataire ;
- le risque indemnitaire : les dommages et intérêts que l'entreprise devra verser du fait d'une condamnation ou d'une transaction ;
- Le risque d'activité : risques juridiques qui ont pour conséquence de remettre en cause, de façon plus ou moins sévère, l'activité même de l'entreprise, comme par exemple l'interdiction d'un produit, l'annulation d'un contrat ou encore la non obtention d'une autorisation ;
- Le risque de judiciaire incluant le coût des procédures et leur impact médiatique ;

³⁷² J. Dupichot, *Regards sur le « nouveau » juriste d'entreprise et la gestion du risque juridique*, in Aspects du droit privé en fin du XXème siècle, Etudes réunies en l'honneur de Michel Juglart, éd. LGDJ, 1986, p.121 s.

³⁷³ *Ibid.*, p.131.

³⁷⁴ H. Bidaud, P. Bignon, J-P. Cailloux, *La fonction juridique de l'entreprise*, éd ESKA, 1995, p.165-172.

- Le risque de non optimisation se traduit par la perte d'un avantage concurrentiel³⁷⁵.

2) La gestion du risque

219. –Le directeur financier doit évaluer et traiter les risques (a). Il peut également utiliser la gestion du risque comme un instrument créateur de valeur pour l'entreprise (b).

a) L'évaluation et le traitement du risque juridique

220. –Une fois qu'il l'a identifié, le directeur financier doit évaluer le risque juridique. Il peut, comme le préconise certains auteurs hiérarchiser ces risques en fonction de la gravité de leurs conséquences et suggérer la gradation suivante : risque acceptable, risque supportable, risque grave, risque insupportable. Par cette classification, les auteurs adoptent une approche bien connue du « risk management ». Sur le plan juridique, la gravité d'un risque de réalisation peut être clairement établie au regard de ses effets. La notion de probabilité du risque est difficile à cerner. La probabilité de réalisation d'un risque juridique peut résulter d'une appréciation des pratiques comme illustré par le niveau de risque qu'une entreprise est prête à accepter dans le cadre sa mission ou de sa vision³⁷⁶.

221. –Le risque identifié et évalué doit être traité. Le traitement du risque se définit comme « le processus de sélection et de mise en œuvre de mesures visant à modifier le risque »³⁷⁷. En matière de risque juridique, plusieurs dispositifs sont envisageables par le directeur financier comme la mise en place d'une clause limitative de responsabilité ou encore des sûretés diverses garantissant les inexécutions du débiteur.

Par ailleurs, il appartient au directeur financier de mettre en place des procédures qui vont permettent d'anticiper les risques. Il s'agit notamment d'élaborer des provisions. Cela suppose, pour les états financiers annuels des sociétés cotées, d'appliquer les normes IAS 37 « provisions passifs éventuels et actifs éventuels » homologuées par le règlement CE

³⁷⁵ *Ibid.*, p.167

³⁷⁶ F. Verdun, Gestion des risques juridiques : Quelques propositions méthodologiques – Dossier – « Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien », *Cah. dr.ent.* n°1, janvier 2008, dossier 8.

³⁷⁷ Guide ISO

n°1725/2003 du 29 septembre 2003. La question se pose ici de définir la notion de provision. Une provision est considérée comme un passif existant à la date de clôture dont l'échéance ou le montant est incertain. Pour inscrire la provision au passif du bilan, la norme impose comme conditions essentielles l'existence d'une obligation actuelle à la clôture de l'exercice résultant d'un événement passé, la sortie probable de ressources représentatives d'avantages économiques nécessaires pour éteindre l'obligation, et la fiabilité de l'estimation du montant de l'obligation. Si ces conditions ne sont pas réunies, la norme préconise une information en annexe. Les directeurs financiers évoluant au sein d'une société non soumise à la norme internationale IAS37 doivent comptabiliser les provisions pour risque selon les dispositions légales définies par le Code de commerce aux articles R.123-179 issue de la loi n°83-353 du 30 avril 1983. Le Code de commerce impose de tenir compte de tout risque ou perte intervenus au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même connu entre la date de clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes. Si ces risques et charges sont nettement précisés quant à leur objet et rendus probables par des événements survenus en cours, ils doivent faire l'objet de provisions. La recommandation I-12 des experts-comptables énonce la nécessité d'existence d'un lien de causalité direct et prépondérant entre l'événement considéré et les situations qui existaient déjà à la clôture pour justifier la date de prise en compte d'une provision.

b) L'utilisation du risque juridique comme un instrument créateur de valeur.

222. —La gestion du risque peut se révéler être une réelle capacité à tirer profit des opportunités offertes par le droit. Il s'agit pour le directeur financier d'instrumentaliser la sphère juridique afin d'effectuer un levier stratégique³⁷⁸.

Cette vision nous conduit à nous interroger sur la détermination du lien entre conformité réglementaire et performance. Certains travaux de recherche énoncent que c'est l'intelligence de la conformité, comme il existe une intelligence stratégique, économique, juridique, qui peut constituer une source d'amélioration de la performance. Certains auteurs relèvent ainsi que les sociétés faisant état dans leurs déclarations d'un système de contrôle interne effectif ont des niveaux de profit plus élevés que les entreprises rapportant des

³⁷⁸ Voir notamment l'exemple significatif des centres Leclerc par C.COLLARD, « Performance juridique et avantage concurrentiel », chronique n°2 : le cas des centres E. Leclerc. *PA*, du 23 juill. 2007, n°146.

déficiences dans leur contrôle interne³⁷⁹. Ils font également le lien entre des faiblesses dans le déploiement du contrôle interne de conformité et une qualité des comptes moins élevés³⁸⁰. Ils avancent également, que des dispositifs clairs de planification, de surveillance et des procédures relatives à la conformité peuvent constituer un important facteur de prévention et de réduction des dommages sociaux, et par conséquent d'amélioration de la réputation de l'entreprise³⁸¹. La mise en place d'une gestion de la conformité pourrait même sous certaines conditions, constituer une source d'avantage concurrentiel³⁸². Le rapport de The Economist Intelligence Unit révèle que l'amélioration des business processes est l'un des bénéfices possibles du management de la conformité réglementaire. Ce rapport met en évidence que l'implantation de best practices peut générer un avantage concurrentiel³⁸³. Il s'agit pour le directeur financier d'aller au-delà de la norme notamment par l'adoption de technologies plus avancées ou par la mise en place d'une organisation plus poussée que celle requise ou recommandée. Le dépassement de la conformité réglementaire devient alors un véritable levier stratégique.

223.—La question qui se pose ici est de déterminer s'il est possible de mesurer l'impact de la conformité réglementaire sur la performance de l'entreprise. Un auteur affirme que pour mesurer cet impact il faut adopter une vision holistique de cette conformité qui doit être qualifiée de quadridimensionnelle³⁸⁴. Il s'agit de déterminer la performance de l'entreprise par l'analyse de la qualité d'un certain nombre de facteurs qui relèvent des quatre dimensions de la conformité à savoir les dimensions institutionnelles, substantielles, organisationnelles et fonctionnelles. La dimension institutionnelle nécessite de déterminer

³⁷⁹ H.Ashbaugh-Skaife, D.W.Kinney, R. Lafond, "The effect of internal control deficiencies and their remediation on accrual quality" *The Accounting Review*, 2008, 83(1), p.185.

³⁸⁰ A.Klein, "Audit committee, board of directors characteristics, and earnings management", *Journal of Accounting and Economics*, 2002, 33(3), p.375.

³⁸¹ C.Coglianese, D.Lazer. "Management-based regulation : prescribing private management to achieve public goals", *Law and society review*, 2003, 37(4), p.691.

³⁸² J.B. Barney, « Stratégic factor markets : expectations, luck, and business strategy : *Management Science* » 1986, 32, p.1231.

³⁸³ Rapport de The Economist Intelligence Unit, 2008, From burden to benefit : making the most of regulatory risk management : http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/Risk%20management.pdf.

³⁸⁴ C.Roquilly, « De la conformité réglementaire à la performance : Pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah.dr.ent.*, n°6, nov.2009, dossier 34, p.4.

l'autorité qui produit la norme. La dimension substantielle suppose d'analyser le contenu de la norme, dont les prescriptions peuvent être plus ou moins incitatives ou coercitives. La dimension organisationnelle concerne la détermination de la structure ou du système que l'entreprise doit mettre en place pour favoriser ou promouvoir la conformité. Enfin la dimension fonctionnelle suppose de savoir si pour améliorer la performance de l'entreprise, la conformité réglementaire doit s'appuyer sur un fonctionnement particulier au sein de l'entreprise³⁸⁵

³⁸⁵ C.Roquilly, « De la conformité réglementaire à la performance : Pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah.dr.entr.*, n°6, nov.2009, dossier 34, p.4.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

224. –L'évolution des obligations de contrôle a étendu le rôle du directeur financier vers une position stratégique au sein de l'entreprise. Le contrôle effectué par le directeur financier n'est plus limité au contrôle des comptes, l'exigence d'une maîtrise de la situation financière a étendu ce contrôle à des domaines extracomptables. Malgré une reconnaissance de l'existence du rôle du directeur financier au sein du contrôle interne par les législateurs étrangers, aucune loi en France n'a consacré son existence. Pourtant, le directeur financier peut être amené à être débiteur d'une telle obligation. Cette obligation est déduite de la nature de ses fonctions, notamment de sa fonction essentielle de contrôle des comptes. Cette obligation consiste à élaborer une information concernant le contrôle interne au sein du rapport du président ainsi qu'au sein du rapport de gestion. L'exécution de cette obligation suppose le contrôle de l'efficacité du contrôle interne grâce à l'application de référentiel ainsi que par la mise en place de procédures de contrôle interne.

Conclusion du titre II

225. –Au sein de certaines sociétés, les fonctions du directeur financier ont évolué vers des fonctions dévolues à un organe dirigeant.

La modernisation des fonctions du directeur financier concerne l'élaboration et le contrôle de l'information financière. Afin de maintenir l'efficience des marchés financiers, l'information financière a été étendue à une information extra-financière qui doit être introduite au sein des documents comptables. L'évolution de l'information est étendue à son exploitation. Le directeur financier va produire des analyses qui ne vont pas être limitées à la détermination de la performance de l'entreprise. Elles vont permettre la croissance interne et externe de l'entreprise. Le directeur financier va aller au-delà de son obligation de production de l'information financière, il va participer aux côtés de l'organe dirigeant à la communication financière de l'entreprise.

L'évolution de ses fonctions concerne également l'obligation de contrôle. Cette obligation n'est plus limitée à un domaine comptable. Elle s'étend à un contrôle générique des risques potentiels que la société pourrait rencontrer.

Le directeur financier n'est pas seulement le gardien de l'information comptable, il devient aux côtés de l'organe dirigeant, un acteur primordial de la définition de la stratégie de l'entreprise.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

226. –Le directeur financier se définit comme un garant des comptes de l'entreprise. Il garantit la conformité et le contrôle de la production des comptes. Il exploite l'information financière afin de fournir à l'organe dirigeant les informations nécessaires à la définition de la politique stratégique de l'entreprise.

Cette conception du directeur financier est obsolète. Dans certaines catégories de sociétés, notamment au sein des sociétés de grande envergure, la fonction du directeur financier a mué vers une fonction stratégique. Elle n'est plus limitée à une fonction de garant des comptes, il participe à la direction de l'entreprise aux côtés de l'organe dirigeant.

La participation du directeur financier à la stratégie de l'entreprise risque d'entraîner un conflit d'intérêt entre son objectivité, exigée par l'élaboration des comptes fidèles, et la prise de décision stratégique qui peut s'avérer être contraire à certains principes comptables³⁸⁶. Dans ce cas le directeur financier devra faire primer sa fonction initiale de garant des comptes sur celle de participant à la direction de l'entreprise.

³⁸⁶ Etude réalisée par le cabinet E&Y, « The DNA of the CFO », 2013, p.2.

Partie II Les modalités d'exécution

227. – L'exercice des fonctions du directeur financier exige un certain degré d'autonomie. Il doit pouvoir prendre des décisions sans en référer à l'organe dirigeant. Cette liberté du directeur financier est nécessaire pour une exécution efficace de ses fonctions. Compte tenu de la spécificité des fonctions du directeur financier, il s'agit ici de déterminer quelles sont les modalités d'exécution.

Le directeur financier exécute ses fonctions par le biais d'un contrat de travail. La fonction de directeur financier résulte d'une organisation interne au sein de l'entreprise. Il doit être qualifié de salarié rattaché à l'organe dirigeant par un contrat de travail³⁸⁷.

Le contrat de travail n'est défini par aucune disposition légale, la doctrine ainsi que la jurisprudence ont défini cette notion « *comme une convention au terme de laquelle une personne, dénommée le salarié, s'engage à accomplir une prestation de travail pour le compte et sous l'autorité d'une autre, dénommée l'employeur, qui lui consent à lui verser, en contrepartie, une rémunération* ». ³⁸⁸.

Les fonctions du directeur financier apparaissent de prime abord peu compatibles avec le contrat de travail. Celui-ci doit alors être aménagé afin de permettre au directeur financier de bénéficier d'une autonomie nécessaire à l'exécution de ses fonctions (**Titre I**).

228. – L'autonomie dont il bénéficie ainsi que la spécificité de ses fonctions ont des conséquences sur sa responsabilité. Acteur principal de l'élaboration des comptes, il va mettre en place des mécanismes frauduleux afin d'améliorer la situation financière de la société. (**Titre II**).

³⁸⁷ Supra, v° introduction §6.

³⁸⁸ A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd. Dalloz, 2008, p. 3s ; P. Fieschi-Vivet, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS*, 7/1991.414 ; E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1997, p.140 ; T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr.Soc.*1992, p.859 ; Cass. soc. , 22 juillet 1954, *Bull., Civ., IV*, n° 576 ; Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-42.734, inédit ; Cass. soc., 6 octobre 2010, n°08-44.987, inédit.

Titre I Le contrat de travail : Un contrat adapté aux fonctions du directeur financier

229. –Le directeur financier est un salarié particulier. Il bénéficie d'une position hiérarchique particulière peu compatible avec le contrat de travail. La nature des fonctions du directeur financier exige l'aménagement du contrat de travail (**chapitre I**).

Le contrat de travail est insuffisant pour permettre l'exécution des fonctions du directeur financier. Il permet seulement une mise à disposition de la force de travail et ne confère pas lui-même de pouvoir de direction au salarié³⁸⁹. L'organe dirigeant doit le compléter par d'autres mécanismes lui permettant de transférer ses pouvoirs au directeur financier (**chapitre II**).

³⁸⁹ N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Préface P. Petel, 2005, pts.55.

Chapitre I L'aménagement du contrat de travail

230. – L'exigence d'un aménagement des modalités du contrat de travail est justifiée par une nouvelle organisation des pouvoirs au sein de l'entreprise qui se matérialise par une décentralisation du pouvoir de l'organe dirigeant vers des salariés particuliers. Ces salariés particuliers résultant d'une nouvelle forme de management au sein de l'entreprise sont considérés comme des « collaborateurs » dont l'exécution des fonctions exige une certaine autonomie.

Une application classique de ce lien de subordination est inadaptée à cette catégorie particulière de salarié d'où émane le directeur financier. Il doit être aménagé afin de lui permettre d'exécuter ses fonctions (**Section I**).

En contrepartie de l'autonomie octroyée au directeur financier, l'exécution de ses fonctions doit être encadrée par des obligations de loyauté renforcées afin de protéger la pérennité de l'entreprise (**section II**).

Section I L'aménagement de la subordination traditionnelle

231. – La notion de subordination ne fait pas l'objet d'une définition légale. Ce terme vient du latin « subordination » qui signifie délégation. Cette subordination se matérialise par une situation de dépendance du travailleur qui se place en droit sous l'autorité de celui pour lequel il effectue une tâche³⁹⁰. Cette dépendance se caractérise par « *le pouvoir de l'employeur de donner au travailleur des ordres, des directives, d'en contrôler l'exécution, d'en vérifier les résultats ainsi que de sanctionner les manquements de son subordonné* »³⁹¹. Cet exercice unilatéral du pouvoir hiérarchique de l'organe dirigeant est inadapté aux fonctions du directeur financier. En effet, l'essence de sa fonction exige qu'il détienne un pouvoir de direction nécessaire à la gestion de l'activité financière. Ce pouvoir ne peut s'exercer que si le directeur financier dispose d'un certain degré d'autonomie.

232. – Cette exigence d'indépendance a été prise en compte par le législateur. Celui-ci a permis à certains salariés de bénéficier d'une certaine autonomie dans l'organisation de leur travail, c'est le cas des salariés qualifiés de cadres. Le législateur a classé les cadres dans trois catégories selon leur degré d'autonomie³⁹². Cette distinction tripartite a été remplacée³⁹³ par un nouveau triptyque énoncé implicitement aux articles L.3111-2 et L.3121-38 du Code du travail qui distingue les cadres dirigeants, des salariés autonomes (cadre ou non cadre) des autres salariés.

³⁹⁰ T. Aubert-Monpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, Préface M. Despax, éd. CNRS 2988 ; J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr.soc.*, 1982, p.3 ; M. Despax, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. Soc.*, 1982, p.11 ; G. Lyon-Caen, « Quand cesse-t-on d'être salarié », *D.* 1977, chron.p.109 ; P. Pigassou, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », *Dr. Soc.* 1982, p. 578 ; A. Supiot, « Le nouveau visage de la subordination », *Dr.soc.* 2000, p.131 ; Cass.Soc., 11 octobre 1961, n°59-40.660, *Bull.civ. IV*, p.670 ; Cass. Soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187, *Bull.civ. V*.386.

³⁹¹ Études offertes à G. H. Camerlynck, *Tendances du droit du travail français contemporain*, éd. Dalloz, 1978 pts 49-61.

³⁹² Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps du travail, publiée JO 20 janv.2000, p.975.

³⁹³ Loi n°2000-789 du 20 août 2008, Portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, publiée au JO du 21/08/2008, p.13064.

Il s'agit donc de déterminer si le directeur financier doit être qualifié de cadre ou de cadre-dirigeant. La qualification va dépendre de la nature de ses fonctions. En effet, le directeur financier exerçant des obligations traditionnelles doit être qualifié de cadre (**Paragraphe I**), tandis que le directeur financier exerçant des obligations modernes doit être qualifié de cadre-dirigeant (**Paragraphe II**).

Paragraphe I La qualification de cadre appliquée au directeur financier traditionnel

233. –Le directeur financier élabore et contrôle l'information financière. Il occupe une place importante au sein de la hiérarchie. La nature de ses fonctions justifie une altération du lien de subordination. Selon les critères définis par la jurisprudence le directeur financier doit être qualifié de cadre (**I**). Cette qualification est adaptée à la spécificité de ses fonctions (**II**).

I) La teneur de la qualification

234. –Le terme de cadre provient du vocabulaire militaire et notamment du fait que les gradés encadraient leur troupe³⁹⁴. Puis ce terme est apparu pour la 1^{ère} fois comme regroupant une catégorie socio-professionnelle pour qualifier la mobilisation des ingénieurs lors de la crise des années 1930³⁹⁵. Le développement des grandes unités commerciales et industrielles a contribué à développer cette catégorie de salariés dédiée à l'encadrement³⁹⁶. Au sein de l'entreprise, les cadres forment une catégorie particulière de salariés. Ils sont hiérarchiquement situés entre la direction et le personnel de maîtrise. Cette catégorie bénéficie d'un statut particulier qui leur permet de bénéficier d'une certaine autonomie dans l'organisation de leur travail³⁹⁷.

Aucune définition légale n'a été élaborée par le Code du travail. D'autres sources définissent cette catégorie de salarié.

³⁹⁴ Dictionnaire Français « Littré », « Cadre », d'après l'ouvrage d'E. Littré, littre.reverso.net/dictionnaire-francais/def/cadre.

³⁹⁵ J-M. Bergère, Y. Chassard, *A quoi servent les cadres*, *l'observatoire des cadres*, éd Odile Jacobs 2013, p.21.

³⁹⁶ M. Penouil, « Les cadres et leur revenu », éd. Génin, 1957, p.130.

³⁹⁷ Sous la direction de M-A., Lyon-Caen, « Personnel d'encadrement : Cadres et agents de maîtrise », *Rép. dr.trav*, pts.96.

La jurisprudence a défini cette notion. Suite à la seconde Guerre mondiale, il existait de nombreux écarts entre l'évolution des prix et des salaires. Afin de réorganiser l'économie, le gouvernement, a pris deux arrêtés dits « arrêtés Croizat-Paradi³⁹⁸ » ayant pour objectif la redéfinition des qualifications professionnelles et les coefficients hiérarchiques affectés à chaque emploi. L'arrêté du 22 septembre 1945 porte sur la fixation des salaires des ingénieurs et cadres des industries des métaux. L'arrêté du 31 janvier 1946 fixe les appointements des ingénieurs et des cadres dans les industries et professions. Ces deux arrêtés identifient des critères similaires concernant la qualification de cadre. Sont considérés comme des cadres *« les agents possédant une formation technique, administrative, commerciale ou financière, et exerçant, par délégation de l'employeur, un commandement sur des collaborateurs de toute nature »*. Ces arrêtés ont donc le mérite de mettre en place une grille de qualification professionnelle. Toutefois, leurs portées est limitées car ils ne définissent pas avec précision la notion de cadre. Certains accords nationaux ont tenté de définir la notion comme par exemple la convention nationale des cadres du 14 mars 1947³⁹⁹, ainsi que l'accord interprofessionnel du 25 avril 1983 qui définit *« le personnel d'encadrement comme constitué, d'une part, par les ingénieurs et cadres, d'autre part, par les salariés, tels que les agents de maîtrise, les techniciens et les VRP, dont la compétence, la qualification et les responsabilités le justifient, selon des critères déterminés au sein de chaque branche professionnelle »*.

Les conventions collectives définissent également cette notion. Les principaux critères retenus sont l'exercice d'un commandement sur d'autres salariés ou des fonctions de responsabilité, parfois assortis de la nécessité de diplôme ou d'une expérience équivalente. Il existe d'autres éléments, secondaires, comme l'affiliation au régime retraite ou une rémunération importante⁴⁰⁰. Les critères d'attribution de la qualité de cadre sont souvent en

³⁹⁸ Arrêtés interprofessionnels du 31 janvier 1946, publiés au JO 27 sept.1945 et au JO 31 janv.1944

³⁹⁹ Article 4 et 4 bis de la convention nationale des cadres du 14 mars 1947.

⁴⁰⁰ Convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 déc. 1952 : « les ingénieurs et cadres assument des fonctions pour lesquelles sont définies les politiques ou les objectifs généraux pour l'exercice de leur spécialité ou la gestion d'un ou plusieurs secteurs d'activité de l'entreprise. Ces fonctions réclament des titulaires des compétences techniques et des aptitudes à participer à la gestion économique de leur secteur d'activité. Ils doivent faire preuve sur le plan humain, vis-à-vis de leurs collaborateurs, de qualités d'animation et de motivation. Ces fonctions réclament des titulaires un esprit de créativité et d'innovation. Elles comportent une autonomie et l'obligation de prendre, après recherche et analyse des informations, les initiatives nécessaires pour faire face à des situations nouvelles par le choix des moyens et des méthodes à mettre en œuvre. Les décisions prises ont des conséquences sur les hommes, l'activité et les résultats de l'entreprise. Le titulaire prend des décisions propres à animer et coordonner l'activité de ses subordonnés qu'il a la responsabilité de former, d'informer, de faire progresser et de faire participer à l'action commune selon leurs aptitudes ».

rapport avec le degré d'autonomie et de responsabilité du salarié.⁴⁰¹ La convention peut aussi subordonner cette qualité à la possession de diplôme ou à défaut, d'une expérience⁴⁰² professionnelle équivalente.

235. –Il s'agit ici de déterminer si le directeur financier peut être qualifié de cadre selon les critères établis par la jurisprudence. La jurisprudence n'a pas élaboré de définition uniforme de la notion de cadre. L'appréciation de qualité de cadre relève d'une appréciation in concreto de la situation par les magistrats. Ils vérifient, selon des critères établis par la jurisprudence que la qualification du salarié correspond effectivement aux tâches qu'il exécute⁴⁰³.

Le 1^{er} critère est relatif à la formation⁴⁰⁴. L'existence de diplôme constitue un élément décisif de la qualification⁴⁰⁵. L'absence de diplôme peut être compensée par l'expérience professionnelle⁴⁰⁶. A ce titre, la convention collective nationale de l'édition énonce : « *Sont cadres, les salariés exerçant des fonctions d'autorité et/ou techniques dans un secteur d'activité, supposant une formation constatée par un diplôme du second cycle de l'enseignement supérieur général ou spécialisé ou par une expérience professionnelle équivalente* »⁴⁰⁷.

Le directeur financier respecte ce critère car il possède un diplôme du 3^{ème} cycle qui relève de la comptabilité, du management et de la finance. Ce constat est confirmé par les offres d'emploi relatives au directeur financier. Ces offres décrivent le directeur financier comme « *des personnes pouvant justifier d'un diplôme de type Master II en gestion, économie, droit des affaires, financement et comptabilité délivré par des écoles spécialisées en commerce de gestion, telles que l'école supérieure de commerce de gestion ou encore*

⁴⁰¹ Cass. Soc. 23 juin 1976 n° 75-40.244, *Bull. civ.* n° 383.

⁴⁰² Cass. Soc. 3 mai 2000 n° 98-40.926, inédit.

⁴⁰³ Cass.Soc., 23 juin 2010, n°08-40.959, inédit ; Cass. Soc., 17 mars 210, n°08-45.189, inédit ; Cass.Soc., 2 juil. 2008, n°07-40.400, inédit.

⁴⁰⁴ Cass.soc., 6 janv.2010, n°08-43.683, inédit ; Cass.Soc., 23 juin 2010, n°08-40.959, inédit.

⁴⁰⁵ Sous la direction de M-A., Lyon-Caen, « Personnel d'encadrement : Cadres et agents de maîtrise », Rép. dr. trav., pts.103 ; Cass.soc., 3 juin 1981, n°79-42.005, *Bull.civ.* n°499 ; Cass.soc., 23 juin 2010, n°08-40.959, inédit.

⁴⁰⁶ Cass.soc., 12 avr.1995, n°91-41.980, inédit.

⁴⁰⁷ Convention collective nationale de l'édition, Textes attachés, annexes II, Agents de maîtrise technicien et cadres, 14 janvier 2000, art.3.

Institut supérieur européen de gestion. Cette fonction nécessite en général une expérience de deux ans en cabinet comptable ou autre poste de cadre d'entreprise en gestion »⁴⁰⁸.

Le deuxième critère est relatif à l'autorité sur le personnel⁴⁰⁹. La qualification de cadre s'apprécie à partir des fonctions exigeant un pouvoir de direction et de surveillance. La Cour de cassation énonce : « *que le salarié cadre est celui qui exerce une fonction de direction et de surveillance sur un personnel subordonné* »⁴¹⁰. Ce critère implique que le cadre doit être titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'exercer une autorité hiérarchique sur les autres salariés. Cette autorité se traduit notamment par l'édition de directives permettant de diriger les autres salariés et de contrôler la bonne exécution des fonctions.

Ce critère s'applique aux fonctions du directeur financier. En effet, il contrôle l'information financière. Cette obligation exige qu'il supervise les salariés ayant pour fonction d'enregistrer et d'élaborer l'information financière. Cette fonction de direction est l'essence de la fonction du directeur financier.

Le troisième critère est relatif aux responsabilités du cadre⁴¹¹. En effet, il doit exercer des fonctions qui sont primordiales au sein de la société, qui permettent notamment de développer ou de préserver la pérennité de l'entreprise. La fonction de directeur financier correspond à ce critère. Il élabore l'information concernant la situation financière. Il permet à la société de respecter les obligations légales relatives à la diffusion de l'information. Il fournit à l'organe dirigeant l'information financière nécessaire pour prendre les décisions adéquates aux développements et à l'assurance de la pérennité de l'entreprise.

Le quatrième critère est relatif au coefficient hiérarchique. Les cadres, compte tenu de leur responsabilité ont une place au sein de la hiérarchie supérieure à celle des autres salariés n'ayant aucune responsabilité. Pareillement au cadre, le directeur financier compte tenu de ses fonctions bénéficie d'un coefficient hiérarchique supérieur. La gestion de l'activité financière exige qu'il bénéficie d'un pouvoir hiérarchique. L'attribution de ce pouvoir entraîne l'attribution d'un coefficient hiérarchique supérieur au salarié n'ayant pas de responsabilité.

⁴⁰⁸ [Annuaire-metiers.cadres.apec.fr/metier/directeur-administratif-et-financier](http://annuaire-metiers.cadres.apec.fr/metier/directeur-administratif-et-financier).

⁴⁰⁹ Cass.Soc., 6 oct. 1977, n°76-40.868, *Bull.civ*, n°516 ;

⁴¹⁰ Cass.soc., 6 oct. 1977, n°76-40.868, *bull.civ*, n°516.

⁴¹¹ Cass.soc., 14 oct. 1992, n°89-41.738, *bull.civ*, n°512 ; Cass.soc. 31 oct. 2007, n°06-43.876, *bull.civ*, n°180, *JCP.S.2008*, p.1004, note G.Vachet

Au regard de ces différents critères établis par la jurisprudence, l'exercice de la fonction de directeur financier démontre qu'il possède des diplômes spécifiques, qu'il exerce une autorité hiérarchique et qu'il se voit attribuer des responsabilités justifiant un coefficient hiérarchique supérieur au salarié n'ayant pas de responsabilité. Face à ce constat, le directeur financier doit être qualifié de cadre.

II) La valeur de la qualification

236. –La subordination applicable à l'égard des cadres est différente de celle d'un salarié n'ayant pas de responsabilité au sein de l'entreprise⁴¹². Les fonctions d'encadrement supposent une indépendance et une initiative peu compatible avec la subordination d'un simple employé, fût-il hautement qualifié⁴¹³ (A). L'exécution de la subordination doit s'affirmer différemment selon que l'employeur s'adresse à un salarié n'ayant aucune responsabilité ou à un directeur financier ayant d'importante responsabilité au sein de l'entreprise. Ce lien de subordination ne disparaît pas mais il est plus ou moins intense selon le degré d'autonomie inhérent à la profession exercée (B).

A) Un degré d'autonomie justifiée par les fonctions de cadre

237. –La notion d'autonomie est définie par le Littré comme une indépendance vis-à-vis de la hiérarchie. Si l'on applique cette définition au cadre, cela supposerait qu'il soit indépendant vis-à-vis de sa hiérarchie. Il ne s'agirait alors plus d'un cadre mais d'un prestataire de service. Le terme autonomie se révèle donc être impropre à la situation des cadres qui se trouvent soumis à un lien de subordination. Il ne s'agit donc pas d'une autonomie totale au sens propre du terme mais d'une quasi-autonomie c'est-à-dire que le cadre bénéficie d'un certain degré d'autonomie tout en restant soumis à un lien de subordination. Ce degré d'autonomie est justifié par son niveau supérieur de qualification ainsi que ses compétences spécialisées. Au même titre que le salarié cadre, la qualification et l'exécution des fonctions du directeur financier justifient une certaine liberté.

Premièrement, l'autonomie du directeur financier est justifiée par sa qualification. Son expérience et ses compétences font de lui un salarié hautement qualifié dans le domaine de la finance et de la comptabilité. Il maîtrise l'élaboration et le contrôle des comptes. Sa connaissance précise des dispositions légales et des mécanismes de gestion, fait de lui un

⁴¹² M. Despax, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr.Soc.*1982.11 ; A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr.soc.*2002, p.5.

⁴¹³ Cass.soc., 18 juil. 1963, *Bull civ* VI, n°618.

expert dans le domaine. Son expertise rend alors l'intrusion permanente de l'organe dirigeant lors de l'exécution de ses fonctions inutile, car ses compétences sont souvent supérieures à celles de l'organe dirigeant.

Deuxièmement, cette autonomie est justifiée par l'exécution efficace de ses fonctions. Elle permet de garantir une certaine objectivité lors de l'élaboration de l'information financière. L'exigence d'une certaine objectivité ne signifie pas qu'il doit bénéficier d'une indépendance totale. L'exécution de ses fonctions exige qu'il élabore les comptes de manière autonome mais conformément aux volontés de l'organe dirigeant. Toutefois, il doit pouvoir être objectif afin de pouvoir apprécier si les décisions de l'organe dirigeant vont à l'encontre des principes comptables. Cette objectivité doit lui permettre de prévenir les risques de maquillage des comptes.

Au regard de ces développements, il est constaté que les compétences ainsi que les fonctions du directeur financier exigent un certain degré de d'autonomie. Le lien de subordination doit être aménagé afin d'être adapté à ses fonctions.

B) Un degré d'autonomie adapté aux fonctions du cadre-dirigeant

238. –Le degré d'indépendance exigée par le salarié cadre dépend de la nature de ses fonctions c'est-à-dire que l'intensité de son autonomie dépend de ses responsabilités. Cette variabilité de l'autonomie des cadres est illustrée par une étude effectuée par l'agence pour le recrutement APEC⁴¹⁴. Selon cette étude, 50 % des cadres organisent librement leur emploi du temps, 23 % organisent le travail de leur équipe et 23 % choisissent les méthodes utilisées. La variabilité du degré d'autonomie des cadres est conséquente. En effet, certains cadres n'organisent pas leur emploi du temps alors que d'autres, vont être libres d'organiser leur emploi du temps mais également celui de l'activité qu'ils dirigent. Il convient de s'interroger sur le degré d'autonomie exigé par les fonctions du directeur financier traditionnel.

Pour que le directeur financier puisse exécuter ses fonctions de manière efficace, le lien de subordination doit être aménagé. Les directives (1) ainsi que le contrôle (2) effectués par l'organe dirigeant doivent être adaptés aux spécificités des fonctions du directeur financier.

1) L'aménagement du droit de donner des directives

⁴¹⁴ APEC., Conjoncture et stratégies professionnelles des cadres, Les études de l'emploi cadre, n°2013-02.

239. –Le droit pour l’employeur de donner des directives doit être aménagé afin de permettre au directeur financier d’exécuter ses fonctions. Les directives ne doivent pas altérer l’autonomie du cadre par l’édition de règles contraignantes concernant la gestion de son travail. Le législateur a pris acte que certains salariés compte tenu de leur fonction exigeaient une autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps et il a créé les conventions de forfait⁴¹⁵. Les conventions de forfait en heures, par semaine ou sur le mois, permettent de fixer la durée de travail des salariés⁴¹⁶. Le cadre, selon son degré d’autonomie peut bénéficier d’une convention de forfait en heures sur l’année⁴¹⁷ ou d’une convention de forfait en jours sur l’année⁴¹⁸. Les convention de forfait en heures sur l’année sont réservées aux cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l’horaire collectif applicable au sein de l’atelier, du service, ou de l’équipe auquel ils sont intégrés. Les conventions de forfait en jours sur l’année sont réservées « *aux cadres qui disposent d’une autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l’horaire collectif applicable au sien de l’atelier, du service ou de l’équipe auquel ils sont intégrés* ». Cette possibilité d’organiser son emploi du temps s’applique au salarié cadre qui dispose d’une autonomie dans l’organisation de son emploi de temps. A ce titre l’article L.3121-43 du Code du travail énonce que : « *pour être éligible aux forfaits en jours, le cadre ne doit pas avoir des fonctions le conduisant à suivre l’horaire collectif* ». Cette autonomie exige qu’il ait une réelle maîtrise de son temps de travail, c’est-à-dire qu’il soit libre de fixer le temps qu’il consacrera à ses activités peu importe que ses horaires soient contrôlables ou non a posteriori. Cette liberté d’organisation doit être complète, elle ne peut être limitée à certaines périodes de l’année⁴¹⁹. La Haute juridiction précise « *qu’une convention de forfait en jours peut être conclue pour certains salariés dont la durée du temps de travail ne peut être déterminée compte tenu de la nature de leurs fonctions, des responsabilités exercées et de l’autonomie dont ils bénéficient dans l’organisation de leur emploi du temps* »⁴²⁰. Egalement « *Un régime*

⁴¹⁵ Loi n°2000-789 du 20 août 2008, Portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, publiée au JO du 21 août 2008

⁴¹⁶ Art. L.3121-38 du Code du travail.

⁴¹⁷ Art.L.3121-42 du Code du travail.

⁴¹⁸ Art 31-21-13 du Code du travail.

⁴¹⁹ Sous la direction de A. Dupays, « Salariés éligibles au forfait annuel en jours », *lamy*, *dr. soc.*, pts. 3387.

⁴²⁰ Cass.Soc. 14 juin 1990, n° 88-42.783, *Bull.civ.*, n° 285 p. 171, *RJS*.1990. 526, n° 775. Soc. 23 juin 1994, n° 91-41.395, inédit, *Dr. soc.* 1994. 798, *RJS* 1994. 588, n° 996 ; 30 janv. 1997, n° 94-40.330, *Bull.civ.*, n° 46. p. 30, *RJS* 1997. 193, n° 289.

de forfait en jours ne peut être appliqué qu'aux cadres dont la durée du travail ne peut pas être prédéterminée et qui disposent d'une grande autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps, et que dans ce cas, le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail à l'intérieur du forfait en jours; aussi ne peut être soumis au forfait jours le cadre, dont l'emploi du temps est déterminé par la direction et le supérieur hiérarchique, lesquels définissaient le planning de ses interventions auprès des clients, et que le salarié ne disposait pas du libre choix de ses repos hebdomadaires »⁴²¹.

Il s'agit ici de déterminer si la convention de forfait en jours est applicable et adaptée au directeur financier.

Cette convention de forfait en jours est applicable au directeur financier car il dispose d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps et la nature de ses fonctions ne le conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier ou service de l'équipe auquel il est intégré. En effet, le directeur financier dirige le service financier. Ses fonctions de direction induisent une autorité hiérarchique sur les salariés du service et donc une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps. Egalement, la nature de ses fonctions de direction ne le conduit pas à suivre l'horaire collectif.

Cette convention de forfait en jours est adaptée à ses fonctions car elle lui permet d'avoir une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps puisque le temps de travail est décompté en jours ou en demi-journées et non en heures.

2) L'aménagement du contrôle

240. –La possibilité pour le cadre d'organiser son emploi du temps ainsi que la gestion de son activité n'est pas le seul aménagement possible du lien de subordination. Le contrôle classique exercé par l'organe dirigeant doit être aménagé aux fonctions des cadres. Le contrôle adapté aux fonctions du cadre ne doit pas être permanent. Il s'agit d'un contrôle diffus ponctuel et moins invasif que celui appliqué au salarié n'ayant pas de responsabilité. Ce contrôle se manifeste par exemple par la remise à l'organe dirigeant de rapport sur l'exécution des obligations. Le contrôle aménagé pour les cadres convient à l'exercice des fonctions du directeur financier car il lui permet d'exercer efficacement ses fonctions de direction.

⁴²¹ Cass.Soc. 31 oct. 2007, n°06-43.876, *Bull.civ.*, n°180, *RDT*.2008, p.110, note. M. Véricel.

Par conséquent, l'aménagement du lien de subordination prévu pour les cadres est adapté aux fonctions traditionnelles du directeur financier.

Le degré d'autonomie exigée par le directeur financier traditionnel ne revêt pas la même intensité lorsque le directeur financier exerce des fonctions modernes. La liberté exigée lors de l'exécution de ses fonctions est supérieure à celui du cadre.

Paragraphe II La qualification de cadre-dirigeant appliquée au directeur financier moderne

241. –Le directeur financier moderne a des responsabilités plus importantes que le directeur financier traditionnel, il participe au projet stratégique ainsi qu'à la communication financière. Il travaille au sein du pôle exécutif de l'entreprise. L'autonomie octroyée au salarié cadre ne lui suffit plus, la qualification de cadre dirigeant doit être envisagée.

Il s'agit ici de déterminer si le directeur financier peut être qualifié de cadre dirigeant **(I)** et d'analyser si cette qualification est adaptée aux fonctions du directeur financier moderne **(II)**.

I) La teneur de la qualification

242. –La détermination de la qualification de cadre-dirigeant suppose de définir ce que le législateur et surtout les juges entendent par la notion de cadre-dirigeant.

Cette qualification fait l'objet d'une définition insérée dans le code du travail. La définition du cadre dirigeant a été introduite dans le Code du travail au sein d'un article L.3111-2, alinéa 2 par la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000⁴²². Cet article énonce : « *sont considéré comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération portiques dans leur entreprise ou établissement* ». A la lecture de ce texte, un auteur suggère de retenir comme cadre dirigeant « *les directeurs siégeant au comité de direction ou participant à la prise de décisions stratégiques concernant la vie de l'entreprise, ou les membres du comité de direction ayant une latitude dans leur domaine d'activité* »⁴²³.

La détermination de la qualité de cadre-dirigeant est appréciée par les juges au regard de la fonction que le salarié occupe réellement compte tenu des trois critères cumulatifs énoncés par l'article L.3111-2 du Code du travail. Le fait que le directeur financier ait reçu la qualification de cadre dirigeant ne suffit pas. En effet, la Cour de Cassation a affirmé « *pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs annoncés par l'article L.3111-2 du Code du Travail* »⁴²⁴. C'est le fait de remplir les critères légaux, appréciés in concreto, qui confère la qualité de cadre dirigeant et non la volonté des parties au contrat ou celle des partenaires sociaux.⁴²⁵ Le juge doit se référer aux seuls critères établis par le législateur et il n'est pas tenu par une classification donnée par un accord collectif ou par d'autre texte officiel.

⁴²² Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, n°2000-37 du 19 janvier 2000.

⁴²³ G. Gorce, Rapport à l'Assemblée Nationale, au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi (n°178 rectifié) relatif à la réduction du temps de travail., doc mis en disposition le 5 oct 1999, p.165

⁴²⁴ Cass.soc., 16 mai 2007, n°05-41.141, inédit, *Juris-Data* n°2007-039159, *JCP.S.2007*,p.1567, note J.-P.Lhernould ; *RDT 2007*, p.535, note H.Tissandier.

⁴²⁵ F.Favennec-Hery, note ss arrêt Cass.soc., 13 janv.2009, n°06-46.208, *bull.civ*,n°12, *Juris-Data* n°2009-046557, *JCP.S.2009*, p.2096 ; *Dr.soc.2009*, p. 611, note C. Radé.

243. –Selon, le premier critère, le cadre dirigeant doit être « *en charge de responsabilités importantes impliquant une grande indépendance dans son emploi du temps* ». Ce critère impose au cadre dirigeant d’avoir des responsabilités. Il convient d’analyser le terme « responsabilité » choisi par le législateur. En effet, c’est un terme qui n’est pas ici juridique. Le fait d’avoir des responsabilités peut se définir comme la possibilité d’organiser, de diriger. C’est notamment le cas de la fonction du directeur financier. Il doit organiser les finances et la comptabilité de l’entreprise. La Haute juridiction précise que le directeur financier est en charge de responsabilités importantes lorsqu’il « *participe aux décisions stratégiques de l’entreprise (...) qu’il exerce un commandement sur d’autres salariés* »⁴²⁶. *Egalement, les juges du fond constatent que le directeur financier est investi de responsabilités « lorsqu’il est investi d’un pouvoir décisionnel largement autonome dans son domaine d’intervention »*⁴²⁷.

Le deuxième critère concerne l’indépendance. Le texte précise quelles sont les responsabilités que l’on doit retenir, à savoir « *celles dont l’importance implique une grande indépendance dans l’organisation de leur emploi du temps* ». Cette indépendance se traduit par le fait que « *le salarié qualifié de cadre-dirigeant ne doit pas recevoir de consignes dans l’organisation de son emploi du temps* »⁴²⁸.

Les fonctions du directeur financier impliquent une grande indépendance dans l’organisation de son emploi du temps. La gestion de l’activité comptable et financière exige qu’il puisse organiser son emploi du temps sans recevoir de directive de la part de l’organe dirigeant. En ce sens, la Cour d’appel constate que « *ses fonctions directoriales lui confèrent par nécessité une large indépendance dans l’organisation de son emploi du temps puisqu’il est non tenu à un mode particulier de décompte de ses temps de présence au service de l’entreprise* »⁴²⁹.

Ces deux premiers critères sont cumulatifs. En effet, ne pourra pas être qualifié de cadre-dirigeant, le cadre supérieur titulaire d’importantes responsabilités, mais inséré dans une sphère hiérarchique sans grande autonomie. Pareillement, ne pourra pas être qualifié de cadre-dirigeant, un cadre qui possède une grande indépendance dans l’exécution de ses fonctions sans avoir d’importantes responsabilités à sa charge.

⁴²⁶ Cass.soc., 10 mai 2006, n°04.47.772, formation restreinte des prud’hommes.

⁴²⁷ CA, Paris, 16 nov. 2011, n°10/01538.

⁴²⁸ Cass.soc., 30 nov. 2011, n°09-67.798, *bull.civ.*, n°281.

⁴²⁹ CA, Paris, 16 nov.2011, n°10/01538.

Au regard de ces critères le directeur financier moderne doit être qualifié de cadre dirigeant car la nature de ses responsabilités exige une grande indépendance dans la gestion de son emploi du temps.

244. –Le troisième critère énonce que « *les cadres doivent être habilités à prendre des décisions autonomes. Le cadre va exercer les prérogatives de l'employeur sans avoir à solliciter des autorisations préalables* »⁴³⁰.

Le salarié doit disposer d'un pouvoir décisionnel. Il convient de se demander quel doit être le degré d'autonomie que le salarié doit disposer dans le cadre de la prise de décision. La Cour de cassation précise que le fait de disposer d'un pouvoir de décision permettant d'engager la société est un indice pertinent pour apprécier la qualité de cadre dirigeant.⁴³¹ L'absence d'une telle délégation révèle un manque d'autonomie⁴³². Le degré d'autonomie est insuffisant lorsque le salarié dispose d'une délégation de pouvoir limitée, nécessitant dans la plupart des cas une autorisation spéciale de l'employeur pour exercer les prérogatives de ce dernier⁴³³.

Au regard de ce troisième critère, le directeur financier moderne doit être qualifié de cadre dirigeant compte tenu de la nature de ses fonctions. A ce titre, la Cour d'appel a considéré « *que le directeur financier avait un pouvoir de décision autonome car en sa qualité de directeur financier, il ne justifiait pas de devoir de rendre compte dans sa sphère de compétence et être soumis à des obligations particulière à cet égard* »⁴³⁴.

245. –Le quatrième critère concerne la rémunération. En effet, le cadre dirigeant doit percevoir une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement. Cette condition essentielle à la qualification de cadre-dirigeant a été précisée par un amendement lors de l'adoption de la loi Aubry du 19 janvier 2000. Selon cette proposition le cadre-dirigeant doit percevoir « *une*

⁴³⁰ M.-J. Gomez-Mustel, « Les cadres et le temps de travail », *RJS* 2000, p 161 ; CA, Reims, 22 mai 2013, n°11/01674.

⁴³¹ Cass.soc., 3 nov.2004, n°02-44.778, inédit ; Cass.soc., 18 juin 2008, n°07-40.427, inédit : Jurisdata n° 2008-044474. Ainsi n'est pas qualifier de cadre dirigeant le directeur de magasin qui ne peut embaucher du personnel uniquement dans le cadre des directives reçues et qui a pour rôle de mettre en œuvre des politiques commerciales définies en dehors de lui.

⁴³² CA, Paris, 14 juin 2012, n°10/08602.

⁴³³ CA, Dijon, 19 avr. 2012, n°11/00294 ; CA, Paris, 5 juin 2012 n°10/05728.

⁴³⁴ CA, Reims, 23 janv. 2015, n°12/06997.

*rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des sphères de rémunération pratiques dans son entreprise ou dans son établissement »*⁴³⁵. Les auteurs précisent que le critère de la rémunération doit s'interpréter comme la position de la rémunération du salarié dans la hiérarchie des salaires, ce qui ne signifie pas, que les juges sont liés par les classifications conventionnelles⁴³⁶. Ils relèvent également, que le législateur emploie le terme de rémunération et non celui de salaire, ce qui permet de prendre en compte des avantages tels que l'intéressement, la prévoyance et les stocks options. Les juges du fond ont considéré que le directeur financier avait l'une des rémunérations les plus élevées lorsque « *le relevé des frais généraux engagé par l'administration fiscale 2007 concernant les « personnes les mieux rémunérées » place le directeur financier en cinquième position sans beaucoup d'écart avec ses collègues occupant d'autres fonctions directoriales »*⁴³⁷. Le directeur financier doit donc être qualifié de cadre-dirigeant car il bénéficie d'une rémunération les plus élevées au sein de l'entreprise.

246. –Egalement, il est constaté, que la Cour de cassation en date d'une décision du 31 janvier 2012, a précisé que les critères cumulatifs posés par l'article L. 3111-2 du Code du travail impliquent que relèvent uniquement de la catégorie des cadres dirigeants « *les cadres participant à la direction de l'entreprise* ». Cette décision implique que le cadre doit être réellement associé à la définition des orientations stratégiques de l'entreprise. Il doit diriger.⁴³⁸

Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, Mme R avait été engagée en qualité de « responsable de la collection d'hommes », statut de cadre, coefficient 6 de la convention collective des industries de l'habillement. Elle faisait partie des cadres dirigeants de l'entreprise, ce qu'elle contestait devant le juge en réclamant le paiement des heures complémentaires. La Cour d'appel de Toulouse a confirmé les demandes de Mme R. Elle a constaté que Mme R « *disposait d'une très grande autonomie dans l'organisation de son*

⁴³⁵ Amendement n°11 de M. Gremetz au nom du parti communiste lors de l'adoption de la loi Aubry 15 janv.2000.

⁴³⁶ P. Lokiec., « La notion de cadre », *D.2012*, p.1167.

⁴³⁷ CA, Paris, 16 nov. 2011, n°10/01538.

⁴³⁸ Cass.soc., 31 janv.2012, n°10-24.412, *bull.civ.*, n°45, *Juris-Data* n°2012-001256 ; Semaine sociale Lamy, n°1525, p.10, note F.Champeux ; P.Lokiec, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.2012.901* ; P. Lokiec, « La notion de cadre-dirigeant », *D.2012.11637* ; G. Pignarre, « Le cadre-dirigeant : identification d'une catégorie, enjeu d'une distinction », *Rev.trav.2012.379*. N. Leger, « temps de travail : qualification de cadre-dirigeant », *JCP.S*, 2012.88.

temps de travail, nécessité par le haut niveau de responsabilité qu'elle détenait en matière d'élaboration de la collection homme, et qu'elle était classée au coefficient le plus haut de la convention collective en terme de rémunération ». Néanmoins, elle a refusé de considérer que Mme R avait la qualité de cadre-dirigeant au sens de l'article L.3111-2 du Code du travail « dès lors qu'elle n'était pas suffisamment associée à la direction de l'entreprise ».

La Cour de cassation saisie d'un pourvoi formé par la société de l'employeur, le rejette considérant que : *« selon l'article L.3111-2 du Code du travail sont considérés comme des cadres dirigeants, les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de l'emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions importantes et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ; que ces critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise »*.

247. –Par cette décision, il semblerait que la Cour de cassation ajoute un nouveau critère essentiel à la qualification de cadre-dirigeant, alors qu'elle ne fait que tirer les conséquences des quatre conditions précédemment établies. La réunion de ces quatre critères induit nécessairement la participation à la direction de l'entreprise. Depuis cette affaire, la Cour a eu l'occasion à plusieurs reprises de confirmer cette jurisprudence⁴³⁹. Cet arrêt permet de tracer une frontière, qui pouvait être parfois floue, entre les cadres dirigeants, et les cadres supérieurs. Il s'agit d'un arrêt de principe, qui rappelle la nécessité des critères cumulatifs de l'article L.3111-2 du Code du travail, mais précise que relèvent du statut de cadre dirigeant, les cadres qui participent à la direction de l'entreprise. Cet arrêt rejoint l'interprétation de la notion de cadre-dirigeant du rapport GORCE qui limite la qualification de cadre-dirigeant aux cadres inscrits dans le collège des employeurs aux élections prud'homales⁴⁴⁰. En comparaison, le rapport évoque le « leitender angestellter » allemand « qui renvoie au manager assurant la responsabilité économique de l'entreprise ». Cette conception allemande vise ces salariés bien particuliers qui ont un rôle d'employeur et le représentent souvent en matière sociale ou autre. Il peut, par exemple, « présider le comité d'entreprise à la place du

⁴³⁹ Cass.soc., 2 juillet 2014 n°12-19.759, *bull.civ.* n°74.

⁴⁴⁰ G.Gorce, Rapport à l'Assemblée Nationale, au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi (n°1786 rectifié) relatif à la réduction du temps négociée de travail., document mis à disposition le 5 oct.1999, p.165.

chef d'entreprise ; il assume sa responsabilité pénale »⁴⁴¹. Les cadres dirigeants se situent « dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise »⁴⁴².

248. – Si l'on retient une interprétation restrictive de cet arrêt comme le privilégie la doctrine⁴⁴³ la qualification de cadre dirigeant doit donc concerner les salariés qui ont un rôle de quasi employeur. Il s'agit notamment des salariés qui accumulent un mandat social et un contrat de travail ou qui sont membres du comité de direction ou du comité exclusif⁴⁴⁴. Dans les organigrammes des entreprises de moyennes et de grande importance, ces personnes devraient être par définition limitées à un petit nombre notamment aux membres du comité exclusif à savoir essentiellement le président du conseil d'administration, le directeur général ainsi que le directeur financier. Tous les directeurs financiers ne sont pas concernés par cette qualification. Il s'agit des directeurs financiers modernes, membres du comité exclusif, participant au développement stratégique de l'entreprise par la mise en place de projets et par la communication financière à l'égard des partenaires financiers⁴⁴⁵.

II) La valeur de la qualification

249. – La subordination applicable à l'égard du cadre-dirigeant est différente de celle applicable au cadre. Les fonctions de direction du cadre-dirigeant supposent un degré d'indépendance et une initiative peu compatibles avec la subordination applicable au cadre (A). L'exécution de la subordination à l'égard du cadre-dirigeant est fortement atténuée compte tenu de sa participation à la direction de l'entreprise (B).

A) Un degré d'autonomie justifié par les fonctions du cadre-dirigeant

250. – Contrairement au cadre, le cadre-dirigeant participe à la direction de l'entreprise. Cela se traduit par exemple, par la participation du cadre-dirigeant au pôle exécutif de l'entreprise. Le cadre-dirigeant ne doit pas seulement mettre en place la politique décidée par l'organe dirigeant, il participe à l'élaboration de celle-ci. Pareillement au cadre-dirigeant, le directeur financier moderne participe à la direction de l'entreprise. Il ne se contente pas de mettre en place la politique financière décidée par l'organe dirigeant. Il

⁴⁴¹ *Idem.*

⁴⁴² *Idem.*

⁴⁴³ P.Lokiec., « La notion de cadre », *D.*2012, p.1167

⁴⁴⁴ M.Morand, « Les cadres dirigeants et le temps de travail », *RJS*, 5/2012., p.347.

⁴⁴⁵ CA., Paris, 16 nov. 2011, n°10/015238, CA. Reims, 23 janv. 2015, n°12/06997.

participe à son élaboration. C'est notamment le cas lors de la communication financière. Le directeur financier va décider les conditions de forme et de fond, de la diffusion de l'information au regard de la stratégie élaborée au sein du pôle exécutif.

L'exécution de ces fonctions, exige un degré d'autonomie supérieur à celui octroyé au cadre. L'application de la subordination au cadre dirigeant est fortement altérée afin de lui permettre d'exécuter ses fonctions.

B) Un degré d'autonomie adapté aux fonctions du cadre-dirigeant

251. –La nature des fonctions exercées par le cadre-dirigeant exige une atténuation du lien de subordination. Le degré d'autonomie du cadre-dirigeant se caractérise par une totale liberté dans l'organisation de son emploi du temps. Le cadre dirigeant contrairement au cadre, n'est pas soumis à une convention de forfait. Aucune disposition ne régit l'organisation de son emploi du temps. Au même titre que l'employeur, il n'a pas à comptabiliser ses horaires de travail⁴⁴⁶. Cette liberté lors de l'organisation de l'emploi du temps est adaptée aux fonctions du directeur financier car ce statut lui permet d'avoir une liberté quasi-totale lors de l'organisation de ses fonctions. Cette liberté est compatible avec sa participation à la direction de l'entreprise car il n'a aucun compte à rendre concernant la gestion de son activité et de son emploi du temps au même titre que l'organe dirigeant.

L'altération du lien de subordination concerne également le contrôle. Le contrôle subi par l'organe-dirigeant se distingue des autres salariés et notamment des cadres. Sa participation à la direction de l'entreprise n'est pas compatible avec un contrôle qu'il soit diffus ou permanent car il décide au côté de l'organe dirigeant de la politique financière. Seul un constat de l'avancement de sa mission est adapté à ses fonctions. Par conséquent, le degré d'autonomie attribué par la qualification de cadre-dirigeant est adapté au directeur financier. Grâce à ce statut, il bénéficie d'une très grande autonomie lors de l'organisation de son service et il n'est pas soumis à un contrôle strict et permanent de l'organe dirigeant.

Section II L'aménagement des obligations traditionnelles de loyauté

⁴⁴⁶ Cass.soc. 27 mai 1992, n°89-40.257, inédit

252. – D’une façon générale, la bonne foi est définie comme « *l’attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l’intéressé d’échapper aux rigueur de la loi* »⁴⁴⁷. La doctrine allemande donne une définition plus précise de la notion⁴⁴⁸. Elle distingue d’une part, « *la croyance erronée en l’existence d’une situation juridique régulière* », et d’autre part « *le comportement loyal que requiert, notamment l’exécution d’une obligation* »⁴⁴⁹. Il s’agit ici de prendre en compte la deuxième conception de la loyauté se traduisant « *comme une règle de comportement qui suppose tant l’absence de mauvaise foi qu’une conduite active synonyme de loyauté et d’honnêteté* »⁴⁵⁰. Ce principe de loyauté encadre le comportement du directeur financier. L’application de ce principe au directeur financier est spécifique. Compte tenu de ses fonctions, l’obligation de loyauté du directeur financier doit être renforcée par rapport à d’autres collaborateurs de l’entreprise.

Sa participation aux projets stratégiques ainsi que l’accès à des informations confidentielles exigent une loyauté renforcée.

Le fondement (**Paragraphe I**) ainsi que les manifestations d’une loyauté renforcée (**Paragraphe II**) doivent être envisagées.

Paragraphe I Le fondement de l’obligation de loyauté renforcée

253. – La loyauté permet d’encadrer le comportement des cocontractants, elle assure une bonne foi des parties lors de l’exécution du contrat. Cette loyauté est susceptible de degré.

En effet, certaines qualifications professionnelles, notamment celle de directeur financier exigent une loyauté renforcée.

Ce principe de loyauté, contrairement aux législations étrangères (**I**) ne fait pas l’objet d’une disposition légale. Elle est déduite implicitement de la nature des fonctions du directeur financier (**II**).

⁴⁴⁷ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V° Bonne foi.

⁴⁴⁸ F. Ranieri « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RID comp.* 1998. 1055, spéc. p. 1062 et s ; Ph. Le Tourneau, M. Poumarède., *Rep.civ.*, v° La bonne foi.

⁴⁴⁹ *Idem.*

⁴⁵⁰ Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, *Rep.civ.*, v° La bonne foi.

I La reconnaissance explicite de la loyauté renforcée par les législations étrangères.

254. –Les législations étrangères ont élaboré une obligation de loyauté renforcée à l'égard de certains dirigeants de l'entreprise. Cette loyauté spécifique est issue des « *principles of corporates governance* » mis en place par le législateur américain au sein de *l'American Law Institute en 1993*⁴⁵¹.

Cette loi énonce certains principes, dont le *duty of loyalty* qui détermine une obligation de loyauté applicable aux dirigeants de l'entreprise. En effet, les dirigeants, qu'ils soient administrateurs (*directors*), représentants légaux (*officers*) ou membres d'un comité de direction (exécutif committee), sont soumis à des obligations fiduciaires (fiduciary duties)⁴⁵². L'application de ces textes est étendue aux « *seniors executives* », notamment au directeur financier. Les législateurs étrangers considèrent que le directeur financier exerce un pouvoir réel sur les décisions de l'entreprise d'où la nécessité qu'ils respectent un devoir de loyauté⁴⁵³ similaire à celui de l'organe dirigeant.

Les législations anglaises et américaines se fondant sur les relations de confiance imposées par le droit du *trust* ont élaboré des obligations⁴⁵⁴ dont les fiduciary duties qui se distinguent en trois grandes catégories⁴⁵⁵ :

- ✓ Le duty of care, ou le devoir de prudence qui oblige les dirigeants à se montrer attentifs et informés afin de pouvoir prendre des décisions éclairées. Cela suppose qu'ils prennent connaissance de l'ensemble des informations essentielles auxquelles ils peuvent avoir accès⁴⁵⁶. Ils ne doivent pas se satisfaire de celles qui sont mises à leur disposition, mais prendre toutes les initiatives pour être suffisamment informés.
- ✓ Le duty of loyalty, ou le devoir de loyauté, qui leur impose d'agir dans l'intérêt de la société et des actionnaires et leur interdit d'agir dans leur intérêt propre.

⁴⁵¹ ALI Principles, §1.27 et §1.33.

⁴⁵² Ce principe de loyauté est envisagé par les législations Américaines : J.Riggs, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », Colloque sur « le devoir de loyauté » du 28 octobre 1999 : *Gaz.Pal*, n°338, 3 décembre 2000, p.62. Egalement, il a été envisagé par les législations anglaises : Palmer's Company law, Vol.2, §8.501, Sweet and Maxwell, London, March 1999.

⁴⁵³ G.Helleringer, « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D.2012*, Etudes et commentaires, , n°24/7517, p.1560.

⁴⁵⁴ B. Daille-Duclos, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP.E*, n°39, 24 sept. 1998.1486.

⁴⁵⁵ J.Riggs, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », Colloque sur « le devoir de loyauté » du 28 oct. 1999, *Gaz. Pal*, n°338, 3 déc.2000, p.62.

⁴⁵⁶ *Idem*.

- ✓ Le duty of disclosure, ou devoir de transparence, qui les soumet à un devoir d'information à l'égard des autres dirigeants et actionnaires.

Il n'existe aucun texte équivalent en droit français. Ce principe de loyauté renforcée a donc été déduit par les juges de la nature des fonctions du directeur financier.

II La reconnaissance implicite de la loyauté renforcée par la jurisprudence française

255. –Le principe de loyauté est envisagé au travers de la notion générale de bonne foi contractuelle imposée aux cocontractants⁴⁵⁷. Ce principe général, contrairement aux dispositions légales étrangères ne consacre pas une obligation de loyauté renforcée en fonction de la qualification professionnelle du contractant. Cette application renforcée de l'obligation de loyauté a été déduite par les juges de la nature des fonctions. C'est notamment le cas des cadres et des cadres-dirigeant qui sont, compte tenu de la nature de leur fonction et de leur statut de salarié tenus d'une obligation de loyauté renforcée à l'égard de l'employeur. Cette application de la loyauté renforcée à l'égard des cadres a été déduite par les juges du fond dans un arrêt de la Cour d'appel du 25 juin 2008⁴⁵⁸. En l'espèce, le salarié a été licencié pour faute grave notamment pour avoir manqué à son obligation de loyauté. Ces manquements se sont manifestés par la création d'une société concurrente et par la participation active du salarié au sein de celle-ci. Le salarié a affirmé ne pas avoir manqué à son obligation de loyauté car la société qu'il avait créée n'exerçait pas d'activité concurrente à la société dont il était salarié et, par ailleurs, il n'était soumis à aucune clause contractuelle d'exclusivité. Malgré les arguments avancés par le salarié, la Cour a confirmé le jugement des prud'hommes en consacrant un manquement du directeur financier à son obligation de loyauté renforcée au motif que « *nonobstant l'absence de clause d'exclusivité dans son contrat de travail, sa qualité de cadre, gérant son emploi du temps de façon autonome imposait à M.X, une obligation de loyauté renforcée à l'égard de la société et qu'à ce titre il devait se consacrer en priorité à l'activité pour laquelle celle-ci la rémunérait et ce d'autant plus qu'il était parfaitement conscient des difficultés auxquelles l'appelante était confrontée à cause de la crise du textile* ».

256. –Selon cet arrêt, la loyauté serait donc susceptible de degrés en fonction de la

⁴⁵⁷ Article 1134 alinéa 3 du Code civil.

⁴⁵⁸ CA. Toulouse, 25 juin 2008, n°07/03893.

nature des fonctions. Dans ce sens, Monsieur Picod⁴⁵⁹ justifie une clause de loyauté renforcée si certaines conditions relatives aux qualifications professionnelles sont réunies concernant le niveau de responsabilité et la nature du contrat. Monsieur Picod distingue la simple fidélité imposée au salarié, de la loyauté appliquée au cadre et du loyalisme des cadre-dirigeants. La loyauté d'un cadre n'a pas le même degré que celle d'un salarié n'ayant aucune responsabilité dans l'entreprise. Cette distinction confirme l'arrêt de la Cour d'appel. En l'espèce, les juges imposent une loyauté renforcée au directeur financier. L'obligation de loyauté renforcée est spécifique au cadre de l'entreprise, elle n'est pas appliquée au salarié n'ayant pas de responsabilité particulière au sein de l'entreprise⁴⁶⁰. Le salarié qui n'est pas qualifié de cadre ou de cadre dirigeant ne manque pas à son obligation de loyauté lorsqu'il constitue une société. La jurisprudence affirme « *que la création d'une société qui était entrée en activité n'était pas en soi répréhensible dans la mesure où, selon la Cour d'appel de Paris cette création n'avait pas pour effet de concurrencer dans des conditions déloyales l'activité de l'entreprise de l'employeur* ».

Nous pouvons donc déduire de cet arrêt que l'obligation de loyauté exigée du salarié n'ayant pas de responsabilité particulière au sein de l'entreprise est distincte de l'obligation de loyauté renforcée du salarié qualifié de cadre.

257.— Cette loyauté renforcée est déduite de la nature des fonctions du directeur financier. Il exerce au sein de l'entreprise des fonctions transversales qui concernent la production et le contrôle de l'information mais aussi le développement stratégique de la société. Ses fonctions, qu'elles soient traditionnelles ou modernes, le place au plus haut de la hiérarchie au côté de l'organe dirigeant. Lors de l'exercice de ses fonctions, le directeur financier a accès à une connaissance approfondie et parfois confidentielle de l'entreprise au niveau financier et extra-financier. Il participe aux côtés du dirigeant au développement de l'entreprise par l'élaboration de projet. L'accès à l'information confidentielle ainsi qu'au projet de la société justifie une obligation de loyauté renforcée afin d'encadrer le comportement du directeur financier.

258.— L'obligation de loyauté renforcée permet à l'organe dirigeant de s'assurer que le directeur financier exécute ses fonctions dans l'intérêt de l'entreprise et non pour son propre

⁴⁵⁹ Y. Picod, S. Robinne, Rep.Trav . v° Les obligations de non-concurrence .

⁴⁶⁰ CA., Paris., 25 sept.2000, XP250900X.

compte. Cette loyauté spécifique permet de prévenir les conflits d'intérêts auxquels le directeur financier pourrait être confronté du fait de ses fonctions.

Le conflit d'intérêt peut se définir comme la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs⁴⁶¹. Concernant le directeur financier cette situation se manifeste lorsque ses intérêts personnels sont en opposition avec les intérêts de la société. Le conflit doit être en principe tranché en faveur de ses devoirs à savoir l'intérêt de la société. Cette supériorité de l'intérêt de la société sur l'intérêt personnel n'est envisagée par aucune disposition légale concernant le directeur financier contrairement à l'organe dirigeant et à l'associé. En effet les associés doivent agir dans l'intérêt de la société au titre du contrat de société « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice de l'économie qui pourra en résulter* »⁴⁶². Egalement, le dirigeant doit agir dans l'intérêt de la société compte tenu du mandat social attribué par les associés⁴⁶³. Ainsi, l'organe dirigeant en tant que mandataire est tenu par un devoir de loyauté envers son mandat⁴⁶⁴ et il doit agir dans l'intérêt de ce dernier et non pour son propre compte.

Par conséquent, compte tenu de ses fonctions, le directeur financier doit, au même titre que l'organe dirigeant faire prévaloir les intérêts de la société au détriment de ses intérêts personnels, il doit être soumis à une loyauté renforcée.

Paragraphe II Les manifestations d'une loyauté renforcée.

259. – Dans le cadre de ses fonctions, le directeur financier a accès à des informations confidentielles. Afin d'éviter les éventuelles dérives causées par la diffusion d'informations considérées comme confidentielles, la communication de l'information par le directeur financier doit être encadrée par une obligation de confidentialité (I). Le droit pour le directeur financier d'émettre des avis ou des critiques à l'encontre de la société doit être réglementé par une obligation de réserve (II). Sa connaissance de l'entreprise exige de sa part une clause de

⁴⁶¹ P-F. Cuij, « Le conflit d'intérêts : Essai que la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD.Com.*, 2005.1.

⁴⁶² Art.1832, al.1 du Code civil.

⁴⁶³ B. Mercadal, *Mémento Francis Lefebvre*, « Contrats et droits de l'entreprise », éd. Francis Lefebvre, 2000, n°1919.

⁴⁶⁴ H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999.282.

fidélité qui doit être adaptée à ses fonctions afin de protéger l'entreprise (III).

I Une obligation de confidentialité adaptée aux fonctions du directeur financier

260. – La fonction du directeur financier exige d'avoir accès à des informations concernant l'entreprise. Pour éviter que les informations confidentielles de la société ne soient divulguées à des tiers, le comportement du directeur financier doit être encadré par une obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité est limitée à certaines informations (A). Elle doit être renforcée pour permettre une protection efficace de la société (B).

A La nature de l'information confidentielle

261. – La notion d'information circulant au sein de l'entreprise est diversifiée, elle comprend des renseignements, publics ou secrets, utiles ou non, présentant une grande valeur ou totalement dénués d'intérêt⁴⁶⁵. L'information est vouée à être communiquée, c'est-à-dire à circuler, plus ou moins librement au sein de l'entreprise⁴⁶⁶. Il existe deux catégories d'informations⁴⁶⁷ auxquelles le directeur financier a accès du fait de ses fonctions.

La première catégorie d'information résulte des créations de l'entreprise relatives à « *la vie intérieure de l'entreprise* »⁴⁶⁸. Il s'agit des informations « *techniques* », notamment, des méthodes de conception, des idées originales, des études scientifiques, des algorithmes et des logiciels ainsi que des méthodes permettant la réduction des coûts. Egalement cela concerne les informations commerciales, comme les fichiers clients, les fichiers fournisseurs ainsi les méthodes de distribution. Les auteurs précisent, que ces informations dépassent le simple savoir-faire : il peut par exemple être question d'informations relatives à des recherches n'ayant pas abouti⁴⁶⁹, ou encore la réalisation de montages juridiques et financiers.

La deuxième catégorie d'information concerne l'entreprise elle-même⁴⁷⁰. Il s'agit des informations stratégiques et organisationnelles, et des méthodes d'organisation propres à l'entreprise.

⁴⁶⁵ J-M., Garinot, *Le secret des affaires*, éd Lexis nexis, 2013, §25.

⁴⁶⁶ P.Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*1984, p.97, n°5.

⁴⁶⁷ J-M., Garinot, *Le secret des affaires*, éd Lexis nexis, 2013 §29.

⁴⁶⁸ *Idem.*

⁴⁶⁹ *Idem.*

⁴⁷⁰ *Idem.*

La question qui se pose ici est de déterminer les informations qui doivent être qualifiées de confidentielles. Nous pouvons rapprocher la notion de confidentialité de la notion de secret d'affaires. En effet, les informations considérées comme confidentielles sont celles qui doivent être protégées par le secret d'affaires. Par conséquent la détermination des informations confidentielles suppose de définir la notion de secret des affaires. Celle-ci ne fait pas l'objet d'une disposition légale unifiée. Afin d'harmoniser cette notion, la Commission européenne a proposé un projet de directive. La définition du secret des affaires délivrée par la Commission est restrictive (1), cette notion du secret des affaires doit être adaptée aux fonctions du directeur financier (2).

1) L'interprétation restrictive de la notion de secret d'affaires par la Commission Européenne

262. – Suite à une étude élaborée par le cabinet Baker & Mc Kenzie⁴⁷¹, concernant les législations des 28 Etats de l'Union européenne sur la notion du secret d'affaires, la Commission a élaboré une proposition de directive européenne relative « à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites »⁴⁷². Elle définit les informations qui doivent être qualifiées de secret d'affaires. D'après l'article 4 de la directive : *« les informations sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles en sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'information en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ; elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances destinées à les garder secrètes ».*

La première partie de la définition, impose que le secret doit couvrir, soit l'information dans sa globalité, soit la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments. Il s'agit de protéger le secret de manière globale et d'empêcher qu'il soit divulgué même partiellement. Egalement, cette information ne doit pas être « généralement connue » ou

⁴⁷¹ Baker & Mc Kenzie, Study on Trade Secrets and Confidential Business information in the Internal Market, avr.2013, n°MARKT/2011/128/D.

⁴⁷² Proposition de directive n°2013/0402 (COD) du 28 novembre 2013 du parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (SA) comme l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite (COM (2013) 813 final).

« accessible » comme par exemple les informations concernant les comptes annuels qui sont publiés au Greffe du Tribunal de commerce par l'entreprise. L'information ne doit pas être généralement connue de professionnels appartenant aux milieux qui s'occupent généralement de ce genre d'information. Un auteur souligne « *qu'il suffit qu'elle ne soit pas facilement accessible aux professionnels concurrents (...) peu importe qu'un renseignement soit ignoré du grand public ; des lors qu'il est connu des initiés, il ne saurait considérer comme confidentiel* »⁴⁷³.

La deuxième partie de la définition concerne la valeur commerciale de l'information. Cette notion de « valeur commerciale » a suscité des interrogations. Un rapport élaboré suite à la proposition de directive⁴⁷⁴ souligne « *le fait que de réserver la protection des secrets des affaires à des informations commerciales puisse exclure de facto celles non immédiatement exploitables sur le plan économique mais pourtant d'une valeur stratégique indiscutable* ». Ce point de la directive est également critiqué par un auteur qui affirme « *certains renseignements peuvent n'avoir aucune valeur commerciale pour leur détenteur tout en présentant un grand intérêt pour les concurrents de celui-ci. On pense à des informations stratégiques, purement descriptives concernant la situation financière de l'entreprise, la structure de ses coûts, la politique de fixation de prix* »⁴⁷⁵.

263.—Cette critique prend tout son sens lorsque cette définition restrictive est appliquée aux fonctions du directeur financier. Le directeur financier a accès à des informations commerciales concernant certaines techniques ou certains savoir-faire, mais il a également accès à des informations concernant la politique stratégique ainsi que la situation financière. Ces informations non envisagées par la directive présentent un risque tout aussi important que les informations dites commerciales si elles sont divulguées à un tiers.

Le risque de divulgation des informations confidentielles autres que commerciales est illustré par un arrêt de la Cour d'appel. Dans cette affaire, le directeur financier a diffusé à des prestataires de service des informations concernant les difficultés financières rencontrées par la société, ainsi que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

⁴⁷³ J-M. Garinot, « L'union européenne au secours de secret des affaires », Dr. et patrimoine, 2014, p.232.

⁴⁷⁴ J.Frantz, « La protection des secrets d'affaires dans l'Union Européennes », Rapport adopté par l'assemblée générale de la chambre du commerce et de l'industrie le 11 sept.2014. Ce rapport contient diverses observations de la chambre du commerce et de l'industrie de Paris Ile de France sur la proposition de directive relative à la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁴⁷⁵ J-M. Garinot, « L'Union européenne au secours du secret d'affaires », Dr. et patrimoine, 2014, n°232.

En l'espèce, ces révélations ont entraîné « *un mouvement de panique* » chez les partenaires de l'entreprise qui ont souhaité recouvrer leur créance rapidement, ce qui a précipité la société vers une procédure de liquidation judiciaire⁴⁷⁶. La situation de l'espèce met en évidence que les informations confidentielles non commerciales peuvent avoir des conséquences sur la pérennité de l'entreprise et doivent donc être envisagées par le projet de directive.

Certaines propositions ont été effectuées afin de modifier le projet de directive. A ce titre nous pouvons citer la proposition envisagée par le conseil de compétitivité qui inspiré par l'approche élaborée par les Etats-Unis, a proposé d'inclure dans les considérants que la valeur commerciale de l'information protégée puisse n'être que « *potentielle* »⁴⁷⁷. La prise en compte par la directive d'une information commerciale potentielle permettrait de protéger de manière optimale les informations auxquelles le directeur financier a accès.

2) La nécessité d'adapter la définition du secret des affaires aux fonctions du directeur financier

264.—Afin d'être adaptée aux fonctions du directeur financier, la conception du secret des affaires et des informations protégées par celui-ci doit être extensive.

Cette approche extensive de la notion de secret d'affaires a été envisagée par un auteur qui affirme « *que la notion de secret est par nature délicate à définir car sa portée est variable suivant la profession envisagée. Il est possible de préciser qu'elle comprend tous les faits de la vie privée que les intéressées tiennent en général, pour des raisons quelconques, à dissimuler, et dont, par conséquent, la perspective d'une divulgation par leur confident risquerait de compromettre la confiance dans le professionnel et, partant, le fonctionnement régulier de la profession* »⁴⁷⁸.

Cette interprétation extensive de la notion du secret d'affaires a été également affirmée par les juges européens du tribunal de 1^{ère} instance. Ils ont énoncé que doivent être protégées par le secret des affaires, les informations « *chiffrées ou techniques* » relatives notamment à « *la position commerciale et à la position concurrentielle de la partie demanderesse ou du tiers qu'elle concerne* » et que « *dans la mesure où de telles informations*

⁴⁷⁶ CA., Paris, 11 déc.2014, n°12/09349.

⁴⁷⁷ Council of the European Union, Interinstitutional file, proposition du 26 mai 2014, n°2013/0402 (COD), p.15, considérant 8 de la proposition de directive modifiée.

⁴⁷⁸ B.PY, « Secret professionnel », Rép. dr. pénal et de proc. pénale, fév. 2003 mise à jour oct. 2014, p45/50.

sont spécifiques précises et récentes, elles sont par nature des secrets d'affaires »⁴⁷⁹.

Egalement dans l'affaire Postbank c/ Commission, le TPICE a élaboré une interprétation du secret : *« les secrets d'affaires sont des informations dont la divulgation au public mais également la transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêt de celui-ci (...) Aussi, lorsqu'elle est appelée à établir, dans les documents dont la transmission à des tiers est en cause, la Commission doit soumettre cette transmission à une procédure appropriée visant à garantir l'intérêt légitime des entreprises concernées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués »⁴⁸⁰.*

Les juges communautaires ont élaboré une conception élargie de la notion du secret des affaires car elle comprend les informations commerciales, techniques et stratégiques.

265.—Cette définition extensive proposée par les auteurs et la jurisprudence est adaptée aux fonctions du directeur financier car elle prend en compte la situation financière, ainsi que développement de l'entreprise. Elle permet d'englober l'ensemble des informations auxquelles il a accès. Cette interprétation se rapproche de celle adoptée par la jurisprudence concernant le secret professionnel des experts-comptables. La Cour affirme que *« le secret commence avec la simple confiance et s'étend très largement à tout ce que l'expert-comptable a pu voir, entendre, comprendre ou même déduire dans l'accomplissement de ses fonctions. Il est sans importance que l'information soit de déjà connue de certaine personne, voir soupçonnée du public »⁴⁸¹.* Compte tenu de la similitude entre les fonctions du directeur financier et de l'expert-comptable, on déduit que cette jurisprudence est applicable au directeur financier. Le secret auquel doit être tenu le directeur financier doit être étendu à toutes les informations dans tous les domaines qu'il a pu entendre, comprendre ou même déduire. Cette application extensive de la notion de secret se justifie par le *« climat de confiance »* indispensable à l'accomplissement des fonctions du directeur financier.

B) L'exigence d'une protection renforcée de l'information confidentielle

266.—Lors de l'exercice de ses fonctions le directeur financier a accès à de nombreuses informations confidentielles. Aucune disposition légale ne permet de protéger ces

⁴⁷⁹ TPICE, 22 fevr.2005, aff. T-388/03, HynixSemiconductor c/ conseil.

⁴⁸⁰ TPICE, 18 sept. 1996, Postbank c/Commission, n° T-353/94 §87.

⁴⁸¹ Cass.com., 25 janv. 1968, D. 1968, p.153.

informations (a), la jurisprudence va déduire des fonctions du directeur financier une obligation de confidentialité renforcée (b).

1) L'absence de disposition légale adaptée aux fonctions du directeur financier

267. –A plusieurs reprises, le législateur a souhaité réformer de manière générale la notion de secret des affaires, ces réformes n'ont jamais abouti (a). Le législateur a toutefois, encadré la confidentialité de certains professionnels (b). Ces obligations légales se révèlent soit inapplicables au directeur financier, soit inadaptées.

a) Une protection générale inexistante

Il n'existe aucune disposition juridique envisageant la protection des informations confidentielles de la société. En 2011, le député Carayon a élaboré un projet de loi qui n'a pas abouti⁴⁸².

Egalement, l'Union européenne a publié une proposition de directive le 28 novembre 2013 dans le but d'harmoniser les règles civiles applicables au secret des affaires au sein des Etats membres. Afin d'anticiper la transposition de la directive, un projet de loi relatif à la protection du secret des affaires a été déposé le 16 juillet 2014⁴⁸³.

Récemment les députés ont décidé d'insérer cette loi au sein du projet de loi Macron. Finalement, les articles intégrés au sein de la loi Macron ont été supprimés car selon certaines critiques, ils comportaient un risque de restreindre la liberté de la presse ainsi que la liberté des lanceurs d'alerte⁴⁸⁴.

b) Une protection légale spécifique inadaptée

b-1 L'obligation de confidentialité applicable au salarié

⁴⁸² Proposition de loi n°3985, 22 novembre 2011, visant à sanctionner la violation du secret des affaires

⁴⁸³ Proposition de loi n°2139, 16 juillet 2014, relative à la protection du secret des affaires.

⁴⁸⁴ D. Cosnard, « Secret des affaires : le gouvernement retire son projet », le Monde.fr, 30/01/2015 ; Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015, p.13537

268. –Les salariés sont concernés par le secret des affaires car ils ont accès à des informations sensibles concernant la société. C'est pourquoi le législateur a élaboré l'article L.1227-1 du Code du travail « *le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros* ».

Cette disposition n'est pas adaptée aux fonctions du directeur financier car elle ne concerne que le savoir-faire et ne prend pas en compte les informations stratégiques. En effet, le directeur financier a accès à une quantité d'informations conséquente concernant, la situation financière ainsi les projets stratégiques de l'entreprise. L'application de cette obligation ne permettrait pas de protéger efficacement l'information confidentielle des sociétés.

b-2 L'obligation de secret professionnel inapplicable au directeur financier

269. –Le secret professionnel est une obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice ou l'occasion de leur fonction de ne pas divulguer hors les cas où la loi en dispose ou autorise la révélation du secret. C'est une obligation sanctionnée par l'article 226-13 et 226-14 du Code pénal qui pèse sur les personnes dépositaires par état, profession ou fonction, des informations à caractère secret⁴⁸⁵.

L'instauration du secret professionnel favorise un climat de confiance indispensable à l'accomplissement de la mission des professionnels du chiffre. Compte tenu de leur fonction, les experts-comptables ainsi que les commissaires aux comptes conseillent et assistent la société. Ils ont accès à la stratégie ainsi qu'à la situation financière de la société.

Cette obligation de secret professionnel n'est pas applicable au directeur financier car il s'agit d'une obligation légale réservée à certains professionnels, tels que, par exemple, les avocats, les médecins, les ministres des cultes, les notaires, les experts-comptables ou encore les commissaires aux comptes.

2) La création jurisprudentielle d'une obligation confidentielle adaptée aux fonctions du directeur financier

⁴⁸⁵ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V° Secret professionnel.

270. –L’absence de disposition légale, oblige la jurisprudence à adapter l’obligation de confidentialité à la spécificité des fonctions du directeur financier. Les conditions (a) ainsi que les effets (a) de l’obligation sont adaptées aux fonctions du directeur financier.

a) Les conditions

271. –L’obligation de confidentialité a pour objet de limiter la circulation de l’information aux personnes autorisées qui s’engagent à ne pas la transmettre au tiers⁴⁸⁶. Pour être adaptée à ses fonctions, l’obligation de confidentialité doit respecter certaines conditions. En effet, elle doit être absolue (**a-1-1**). Elle doit s’appliquer à l’ensemble des tiers de l’entreprise (**a-1-2**). L’interdiction ne doit pas concerner seulement la divulgation mais elle doit être étendue à toutes les exploitations possibles de l’information (**a-1-3**).

a-1 Le critère absolu de l’obligation

272. –Il s’agit ici de démontrer que l’exécution efficace des fonctions du directeur financier exige une sincérité dans les échanges qui doit être garantie par une confidentialité absolue. L’exécution des fonctions du directeur financier exige un degré de sincérité suffisant pour bénéficier d’échanges satisfaisants. Cette exigence est affirmée au sein d’un jugement du Tribunal correctionnel de Paris concernant les commissaires aux comptes. En l’espèce, les juges apportent des précisions concernant leur mission « *cette mission suppose que les échanges entre la société et les commissaires aux comptes soient sincères ; que les informations confidentielles doivent pouvoir être communiquées librement ; que le secret professionnel est un moyen destiné à assurer la sincérité de ses échanges entre les parties ; qu’il garantit non seulement la société mais aussi les commissaires aux comptes*⁴⁸⁷ ». Ce jugement souligne l’exigence d’une sincérité des échanges lors de l’exécution des fonctions du commissaire aux comptes. Cette sincérité des échanges est garantie par le secret professionnel auquel il est tenu. Cette décision est transposable au directeur financier. Même s’il n’est pas légalement soumis à une obligation de secret professionnel, il doit, compte tenu de la nature de ses fonctions, au même titre que le commissaire aux comptes garantir la

⁴⁸⁶ J.-M., Garinot, *Le secret des affaires*, éd. Lexis nexis, 2013, §274.

⁴⁸⁷ TGI Paris 26 avril 2007, *The retirement system for general Employees of the city of Miami Beach/ Vivendi* ; décision confirmée par la Cour d’appel de Paris, 1^{er} chambre, sect A, n°07/08359 du 24 mars 2009, inédit.

sécurité des échanges afin d'assurer l'exécution efficace des obligations des professionnels du chiffre et notamment de l'obligation de contrôle. En effet, l'absence de sincérité va porter atteinte à l'efficacité du contrôle. C'est notamment le cas si le dirigeant omet de transmettre certaines informations aux professionnels du chiffre ou falsifie certaines factures. Sur la base de ces documents erronés le directeur financier ne pourra pas établir un bilan fidèle à la situation de l'entreprise et il sera dans l'impossibilité d'effectuer un contrôle efficace de la fidélité des comptes.

Par conséquent, même si le directeur financier ne peut pas être débiteur d'une obligation de secret professionnel telle que définie par les dispositions légales. Il doit être débiteur d'une obligation de confidentialité afin de garantir la sincérité des échanges lors de l'exécution de ses fonctions.

Cette obligation de confidentialité pareillement au secret professionnel doit être absolue. Cet effet absolu de la clause est déduit par la jurisprudence de la nature des fonctions des professionnels du chiffre. Dans un ancien arrêt, les juges du Tribunal civil de Pau avaient jugé : *« Celui qui est astreint au secret professionnel est dans l'obligation de garder le mutisme complet non seulement sur ce qui lui a été confié, mais encore sur tout ce qu'il a pu voir, entendre, comprendre ou même déduire dans l'exercice de ses fonctions »*⁴⁸⁸.

Pour un auteur, les juges auraient déduit le caractère absolu du secret professionnel de la fonction de l'expert-comptable. Monsieur Navarro constate que *« c'est la qualité d'expert-comptable qui conditionne l'application stricte du secret professionnel, peu importe le type de mission. Le simple fait qu'il soit expert-comptable et qu'il agisse dans le cadre de son activité professionnelle est suffisant pour qu'il soit soumis au secret professionnel »*⁴⁸⁹. Pour cet auteur, la nature des fonctions de l'expert-comptable impose un secret professionnel absolu. En effet, le secret professionnel permet de protéger les informations confidentielles auxquelles il a accès lors de l'exercice de ses fonctions, notamment concernant la situation financière de la société. Egalement, ce secret professionnel permet l'efficacité de ses fonctions car il instaure une relation de confiance entre l'expert-comptable et l'organe dirigeant. Enfin, l'étendue de l'obligation est très large parce que le secret couvre tous les faits que l'expert-comptable n'a pas à connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce. Le raisonnement de la jurisprudence et des auteurs, encore en vigueur aujourd'hui peut être

⁴⁸⁸ Tribunal Civil de Pau, 20 juin 1925, les actes du congrès des experts-comptables, 1996, atelier n°3.

⁴⁸⁹ J-L. Navarro, « Secret professionnel et devoir de discrétion : il n'y a pas à distinguer », *JCP. E* .2005.1489-1490.

transposé au directeur financier puisqu'il est un professionnel du chiffre et qu'il exerce des fonctions traditionnelles similaires à celles de l'expert-comptable.

Par conséquent, les effets de l'obligation de confidentialité applicable au directeur financier doivent être absolus, pareillement aux effets du secret professionnel de l'expert-comptable. Cet effet est déduit par les juges au même titre que l'expert-comptable de la nature de ses fonctions et de la relation de confiance établie avec l'organe dirigeant.

273. – Cette stricte application de l'obligation de confidentialité doit être temporisée par les dérogations envisagées légalement.

L'article 434-1 et suivants du Code pénal prévoit dans le cadre de la dénonciation des crimes « *Toute personne a le devoir de dénoncer les crimes tentés ou consommés, s'il advient qu'elle en découvre l'existence alors qu'il est encore possible d'en prévenir et d'en limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

Plus généralement, l'article 434-11 du Code pénal énonce « *que celui qui a connaissance de la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugé pour un crime ou délit, d'en rapporter le témoignage immédiatement* ».

Il existe d'autres dérogations spécifiques au domaine financier. Le secret professionnel ne peut être opposé à l'AMF et à ses agents⁴⁹⁰. Concernant les activités de blanchiment d'argent, « *les professionnels ont l'obligation de dénoncer les activités financières liées au blanchiment d'argent provenant du trafic de stupéfiant, de la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne, de la corruption ou d'activité organisée* »⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Art.L.621-9-3 du Code monétaire et financier.

⁴⁹¹ Art. 562-1-11 du Code monétaire et financier.

a-2 Les destinataires de l'interdiction

274. – Cette obligation doit interdire toute divulgation aux tiers de l'entreprise. Il s'agit de déterminer la notion de tiers à l'entreprise.

Les tiers représentent l'ensemble des personnes qui sont extérieures à l'entreprise y compris les partenaires de l'entreprise. Cette interprétation de la notion de tiers a été confirmée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 11 décembre 2014. En l'espèce, les juges du fond ont dû apprécier le fondement du licenciement pour faute grave pour non-respect des obligations contractuelles et notamment de l'obligation de discrétion lors d'une période de difficultés financières.⁴⁹² Il ne s'agit pas ici de s'attarder sur l'appréciation effectuée par la Cour concernant le fondement du licenciement pour faute, mais d'apprécier la décision des juges concernant le non-respect de l'obligation de discrétion par le directeur général dans un contexte financier particulier. Il faut préciser que même si cet arrêt concerne un directeur général, il peut être transposé au directeur financier car il occupe une place importante dans la hiérarchie.

En l'espèce, lors d'une réunion d'information, à laquelle participait le directeur général, le Président de la société avait divulgué des informations concernant des difficultés financières rencontrées par la société et de la demande effectuée auprès du Tribunal de commerce concernant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Le président avait « *alerté sur la discrétion qu'il convenait d'adopter dans ce type de circonstance et a demandé au directeur général d'assurer une confidentialité jusqu'au prononcé du jugement de Paris concernant le redressement judiciaire de la société* ». Le directeur général a par la suite organisé une réunion réunissant le maître d'œuvre, lequel était associé avec la société sur certains projets et des salariés. Lors de cette réunion, le directeur a révélé les informations confidentielles concernant les difficultés rencontrées par la société et la demande d'ouverture par la société d'une procédure de redressement judiciaire. Les conséquences de ces révélations ont été aggravées par la diffusion de ces informations confidentielles à d'autres maîtres d'œuvre en relation avec la société et non présents lors de la réunion. Ces révélations ont entraîné des « mouvements de panique » caractérisés par des clients qui ont voulu recouvrer leurs créances rapidement, et plus généralement, ont fait courir le risque à l'entreprise de perdre des marchés ainsi que des clients et d'entraîner la société vers une liquidation judiciaire.

⁴⁹² CA., Paris, 11 déc. 2014, n°12/09349.

La question qui se posait dans cet arrêt était d'apprécier si le fait pour un cadre de haut niveau de divulguer au maître d'ouvrage, des informations concernant des difficultés financières pourrait constituer un manquement grave à son obligation de discrétion et plus largement à son obligation contractuelle de loyauté de nature à aggraver la situation de l'entreprise et donc à justifier un licenciement pour faute grave. Les juges de la Cour d'appel ont affirmé que *« le fait pour un cadre de haut niveau, directeur général, situé dans la hiérarchie juste après le président, à une époque déjà difficile financièrement selon les pièces produites, tenu contractuellement à une obligation de discrétion la plus absolue sur toute information financière, juridique et commerciale, qui lui a été rappelé par le président de la société, d'avertir ne serait-ce que le maître d'ouvrage des difficultés de la société et de la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire constitue un manquement grave à l'exécution loyale de son contrat de nature à aggraver la situation de l'entreprise et à compromettre son redressement judiciaire »*.

275.—Il est déduit de cette décision, que le directeur financier ne doit pas communiquer d'information confidentielle aux partenaires de l'entreprise. Toutefois, cette obligation ne doit pas interdire au directeur financier de divulguer une information confidentielle à certains membres de l'entreprise. Cette solution est énoncée par la Cour d'appel de Colmar. En l'espèce, il était reproché à un directeur financier, des manquements à ses obligations de confidentialité pour avoir communiqué des informations financières confidentielles au directeur opérationnel. Ce directeur opérationnel avait *« essentiellement pour mission de définir et de suivre les impératifs de production de production et de mettre en place les outils de gestion de production »*. Le Président, estimait, que ce poste ne lui conférait pas *« le droit ou le besoin d'avoir connaissance des données financières »*. Par, ailleurs, le Président soutenait qu'il avait *« clairement interdit au directeur financier de transmettre les informations financières au directeur des opérations »*. La Cour d'appel énonce *« que rien n'atteste de l'existence de l'interdiction (...) que le directeur financier allègue de la poursuite d'une pratique antérieure à la nomination du Président selon laquelle le directeur des opérations était destinataire des informations financières (...) et qu'en l'absence de consigne formelle, le directeur financier n'a pas manquée ses obligations contractuelles en communiquant une information financière à un autre cadre de l'entreprise »*⁴⁹³. Il est déduit de cette décision que le directeur financier peut communiquer certaines

⁴⁹³ CA. Colmar, 8 avr. 2014, n°12/04617.

informations considérées comme confidentielles à ses collaborateurs en l'absence d'interdiction formelle.

Cette jurisprudence est constante, elle a été confirmée à plusieurs reprises à l'égard des autres professionnels du chiffre. Dans ce sens, la circulaire ministérielle du 14 mai 1993 énonce « les besoins de l'exercice professionnel, suppose un partage des informations confidentielles entre tous ceux qui sont tenus au secret professionnel ».

Il est donc possible pour les professionnels du chiffre de déroger au secret professionnel afin de faciliter le travail en équipe et requérir l'avis de spécialités complémentaires. Cette dérogation est encadrée. Au regard des décisions de jurisprudence et de la circulaire, cette dérogation n'est possible qu'à l'égard d'une certaine catégorie de personnes. Il s'agit de personnes tenues par le secret professionnel. Egalement, cette dérogation suppose que le cocontractant bénéficiaire de la clause de confidentialité ou du secret professionnel n'ait pas interdit de manière explicite la transmission du secret.

Cette solution applicable aux experts-comptables et au commissaire aux comptes est transposable au directeur financier compte tenu de la nature de ses fonctions. Nous pouvons donc en déduire, que l'obligation de confidentialité applicable au directeur financier ne lui interdit pas de transmettre des informations confidentielles aux experts-comptables et aux commissaires aux comptes de l'entreprise.

a-3 L'interdiction de divulgation étendue à la non-exploitation

276. –L'interdiction ne concerne pas seulement la divulgation mais doit être étendue à l'utilisation ainsi qu'au détournement des informations confidentielles. Le détournement peut se définir comme « *l'utilisation hors de sa destination d'un bien* »⁴⁹⁴. La clause doit interdire au directeur financier d'utiliser, de divulguer ou de détourner des informations considérées comme confidentielles. Il s'agit d'annexer à l'obligation de confidentialité une obligation de non exploitation.

L'obligation de non-exploitation a pour objet d'interdire au directeur financier d'exploiter une information confidentielle pour son propre compte ou au profit d'un tiers. Cette clause permet d'envisager les modalités d'usage des informations auxquelles le directeur financier va avoir accès. Certains auteurs préconisent de limiter l'utilisation des

⁴⁹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. .PUF, 2014, V°DETOURNEMENT.

renseignements communiqués à l'opération envisagée⁴⁹⁵.

b) La portée

277. –Il s'agit ici de déterminer le champ d'application de la clause de confidentialité (a-1) ainsi que la portée de l'obligation (a-1).

a-1 Une information étendue au domaine extracontractuel.

278. –Le secret ne s'applique pas seulement aux informations divulguées lors de l'exécution du contrat. La spécificité des fonctions du directeur financier exige une obligation de confidentialité lors des pourparlers et après l'exécution du contrat.

- L'exigence d'une obligation de confidentialité lors des pourparlers.

279. –Il s'agit ici de déterminer l'intensité des exigences de loyauté applicables au directeur financier lors de la phase précontractuelle du contrat notamment pendant la période des pourparlers. Les pourparlers se définissent comme « *les entretiens préalables à la conclusion d'un accord, négociations et transactions préliminaires* »⁴⁹⁶. Les négociations concernant les obligations contractuelles du directeur financier vont amener l'organe dirigeant à divulguer des informations confidentielles. En effet, lors des négociations vont être abordées des informations concernant par exemple, l'organisation du service financier ainsi que les futurs projets de la société. La confidentialité de ces informations se justifie par le risque pour la société de voir ces informations révélées à un tiers concurrent et des conséquences financières que cela peut entraîner pour celle-ci.

Cette clause ne doit pas expressément être mentionnée dans un avant-contrat. Les juges affirment qu'en l'absence d'une clause de confidentialité, la bonne foi impose de ne pas divulguer les informations et de ne pas les utiliser, que le contrat soit conclu ou non⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ J.-M., Garinot, *Le secret des affaires*, éd Lexis Nexis, 2013, §267.

⁴⁹⁶ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V° POURPARLERS.

⁴⁹⁷ Cass.Com., 3 juin 1986, n°86-16.971. Principes d'Unidroit, art. 2.1.16 : « Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni de l'utiliser de façon indue et à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie » ; Principes du droit européen du contrat, art.21 : « Indépendamment de toute rupture, celui qui

- L'exigence d'une clause de confidentialité applicable après l'extinction du contrat.

280. – La clause de confidentialité doit s'appliquer après l'extinction du contrat. En effet, le directeur financier a accès pendant l'exécution du contrat à des informations secrètes concernant la situation et les projets de développement de l'entreprise. Ces informations doivent être protégées au-delà du contrat car il existe un risque pour l'entreprise de divulgation des informations à des tiers concurrents. Cela pourrait mettre en péril la pérennité de l'entreprise. Certains auteurs affirment que la clause de confidentialité survit au contrat⁴⁹⁸. Contrairement à la clause de non concurrence, elle ne comporte pas de contrepartie financière et ne porte pas sur l'ensemble des connaissances du salarié pour ne pas empêcher son rétablissement⁴⁹⁹. Pour le directeur financier, les informations post contractuelles vont concerner les projets en cours ou éventuels de la société ainsi que le savoir-faire de la société. Il s'agit notamment des informations qui, si elles sont mises à la disposition d'une entreprise concurrente pourraient porter un préjudice grave à la société.

Les rédacteurs de la clause doivent envisager un terme. En général, les contractants prévoient que la confidentialité cessera au bout d'un délai de dix ans. Ce délai est adapté pour protéger les informations confidentielles du directeur financier car le risque de porter préjudice à la société au terme d'un délai de dix ans est moindre. En effet, les informations détenues par le directeur financier seront devenues obsolètes.

a-2 L'intensité de l'obligation de non confidentialité

281. – L'obligation de confidentialité est une obligation de ne pas faire. Elle interdit au directeur financier de transmettre l'information à des tiers non autorisés. L'obligation de ne pas faire est qualifiée par la doctrine d'obligation de résultat⁵⁰⁰. La notion d'aléa n'est pas applicable lors de l'exécution de la clause de confidentialité. Aucun aléa ne peut venir

utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle ».

⁴⁹⁸ M-E, André, M-P.Dumont et P.Grignon, *l'après-contrat*, éd, Francis Lefebvre, 2005, n°174, p.140.

⁴⁹⁹ C.Caseau-Roche, *Les obligations post-contractuelles*, th.Paris I, 2001, n°340.

⁵⁰⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^{ème} éd, Broché, 2013, n°946 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2010, n°3226 ; A. Benabent, *Les obligations*, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2014, pts.411.

perturber l'exécution de cette obligation par le directeur financier. Lui seul peut décider de divulguer ou de ne pas divulguer. Par conséquent, le directeur financier est soumis à une obligation de résultat concernant l'obligation de non divulgation.

Cette affirmation doit être limitée par les dérogations légales. En effet certaines dispositions légales peuvent contraindre le directeur financier à divulguer des informations aux autorités publiques. Dans ce cas, le directeur financier ne commet pas un manquement à son obligation de résultat car la loi a une valeur supérieure au contrat. Egalement, parfois lors de l'exécution du contrat, le directeur financier doit transmettre des informations à ces collaborateurs mais aussi aux professionnels du chiffre à savoir l'expert-comptable et le commissaire aux comptes.

II Une obligation de réserve adaptée aux fonctions du directeur financier

282. – L'obligation de réserve se définit pour les fonctionnaires comme le fait de s'abstenir de manifestation individuelles intempestives, incompatibles avec la dignité, l'impartialité et la sérénité de leur fonction⁵⁰¹. Cette définition est applicable au directeur financier. Compte tenu de ses fonctions le directeur financier, devrait se voir imposer une obligation de réserve renforcée par rapport au salarié n'ayant pas de responsabilité (A). La jurisprudence limite l'application de cette obligation afin de ne pas contraindre le directeur financier au silence absolu (B).

A) Une obligation de réserve renforcée justifiée par les fonctions du directeur financier

283. – L'obligation de réserve est définie par les auteurs comme une obligation de ne pas faire qui a pour objectif d'interdire au directeur financier de se livrer à des manifestations individuelles intempestives, incompatibles avec la dignité, l'impartialité et la sérénité de ses fonctions⁵⁰². Compte tenu de ses fonctions, l'obligation de réserve du directeur financier doit être renforcée. Cette aggravation de l'obligation est justifiée par l'accès du directeur financier à des informations confidentielles. Il a connaissance bien avant la publication des comptes annuels du bénéfice et des pertes de l'entreprise. Egalement selon les degrés de ses responsabilités, il a une image de quasi employeur vis-à-vis des autres salariés. Cela va le conduire à participer au pôle exécutif, et ainsi à accéder aux différents projets stratégiques de

⁵⁰¹ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V° RESERVE

⁵⁰² Titre I du code de déontologie de la profession des commissaires aux comptes (Annexe 8-1 du livre VIII du Code de commerce).

développement de la société. Par conséquent, les entreprises attendent de lui qu'il soit en accord avec la politique décidée avec l'organe dirigeant lorsqu'il s'exprime à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise. Compte tenu de ces fonctions, l'obligation de loyauté du directeur financier doit être renforcée par rapport à un salarié n'ayant pas de responsabilité car l'expression d'un avis divergeant provenant d'un cadre et plus encore d'un cadre dirigeant porterait un préjudice plus conséquent que lorsqu'elle provient d'un salarié n'ayant aucune responsabilité. Un avis divergent ou de vives critiques comportant des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs à l'encontre de la politique peut entraîner de graves dysfonctionnements au sein de l'entreprise et mettre en cause la pérennité de celle-ci.

B) Une obligation de réserve limitée par la jurisprudence

284. – Dans un premier temps, afin de protéger la pérennité de l'entreprise et l'unité de la direction, la jurisprudence mettait à la charge des cadres supérieurs une obligation de réserve renforcée, qui interdisait toute communication de sa part⁵⁰³. Elle se déduisait des fonctions des cadres et plus précisément du directeur financier, notamment de leur responsabilité au sein de l'entreprise, de leur autonomie voire de leur niveau de rémunération. Cette obligation de réserve renforcée se manifestait notamment par une interdiction absolue d'émettre des critiques à l'égard de la politique de l'organe dirigeant. A ce titre, la Cour de cassation affirmait que ne relève pas de l'exercice normal de la liberté d'expression « *le fait pour des cadres supérieurs de critiquer publiquement la politique commerciale de la société et de mettre en doute sa bonne foi en lui reprochant d'avoir annoncé des chiffres tendancieux* »⁵⁰⁴ ou encore, « *le fait pour un directeur technique d'avoir manifesté au sein de l'entreprise et de manière systématique son désaccord avec les décisions prises par le gérant et d'avoir délibérément adopté une attitude négative et d'opposition avec les décisions prises par celui-ci* »⁵⁰⁵. Elle a également relevé que « *le directeur financier doit s'abstenir de dénigrer les décisions du dirigeant notamment par des manifestations publiques au sein de l'entreprise* »⁵⁰⁶. Cette solution imposait une obligation de réserve renforcée compte tenu des fonctions du cadre supérieur. Celui-ci ne pouvait divulguer des critiques concernant les

⁵⁰³ J-E, Ray, « Droit de critique et obligation de réserve d'un cadre-dirigeant », *Dr.soc.* 2000.15

⁵⁰⁴ Cass.com., 13 mai 1981 n°79-41.497, *bull.civ.* n°414.

⁵⁰⁵ Cass.soc., 11 fév. 2009, n°07-44.127, inédit.

⁵⁰⁶ Cass.Soc., 11 fév. 2009 n°07-44.127, inédit.

décisions émises par le président même si ces critiques ne sont ni diffamatoires, ni injurieuses ni excessives.

285. – Cette obligation de réserve aggravée a été limitée. Les magistrats ont estimé qu'elle ne devait pas empêcher le directeur financier de s'exprimer. Cette atténuation de l'obligation de réserve est justifiée par le fait qu'il s'agit d'un homme de l'art spécialisé dans le domaine de la comptabilité, de la finance et intégré au développement de la stratégie de l'entreprise. Il doit pouvoir émettre des conseils, ainsi que des critiques concernant la politique menée par l'organe dirigeant.

Depuis quelques années, la Cour de cassation se montre moins sévère envers les salariés ayant des responsabilités au sein de l'entreprise notamment, les directeurs financiers. Elle semble admettre un droit de critique inhérent aux fonctions d'encadrement. Elle reconnaît qu'il est nécessaire pour le directeur financier, compte tenu de ses fonctions, de pouvoir émettre des critiques ainsi que des avis divergents de ceux prononcés par l'organe dirigeant. Ainsi, dans une affaire, un directeur financier avait diffusé au sein du comité directeur dont il était membre, une note critiquant vivement la nouvelle organisation mise en place⁵⁰⁷. Il a été licencié pour perte de confiance et manquement à l'obligation de réserve. Contrairement au jugement des prud'hommes, la Cour d'appel estimait « que le document allait au-delà du simple devoir d'expression d'un cadre-dirigeant ». La Cour de cassation, sous le visa de l'article L.120-1 rappelle que « le salarié jouit, sauf abus, de sa liberté d'expression dans l'entreprise et en dehors de celle-ci. Il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ». Elle affirme que : *« l'intéressé cadre de haut niveau pouvait être amené à formuler, dans l'exercice de ses fonctions et du cercle restreint au comité directeur dont il était membre, des critiques mêmes vives (...) le document litigieux ne comportant pas de termes, injurieux, diffamatoires ou excessifs (...) l'appréciation qu'un cadre pourrait être amené à émettre, même si elles dénotent un désaccord quant aux implications d'une politique sur l'organisation du travail, ne saurait légitimer un licenciement fondé sur l'attitude critique du salarié au regard de la direction »*.

⁵⁰⁷ Cass.soc., 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ.*, n°488, J-E. Ray, « Droit de critique et obligation de réserve à l'égard d'un cadre-dirigeant », *Dr.soc.*2000, p.165 ; J. Duplat, « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés », *Dr.soc.*, 2000, p.163 ; J. Hauser, « L'indisponibilité relative dans les droits la personnalité ; conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret », *RTD.civ.*, p.801.

286. – De même, ne manque pas à son obligation de réserve, le fait pour un cadre supérieur, de contester au cours d'une réunion, sur une question technique les propos du directeur général⁵⁰⁸. Egalement, un cadre qui dénonce des « *décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise* » ainsi que « *des désordres internes, des détournements et abus d'autorités, des conséquences financières désastreuses* » au membre du conseil d'administration et aux dirigeants de la maison-mère, ne constitue pas un manquement à l'obligation de réserve, dès lors que la cadre en question s'est abstenu de tous propos injurieux ou diffamatoires⁵⁰⁹. A ce titre la Cour de cassation rappelle que le pouvoir de dire non dans l'intérêt de l'entreprise, est le propre des cadres supérieurs, il est logique que les cadres prennent position dans leur domaine d'expertise⁵¹⁰.

Nous pouvons déduire de cet arrêt, que les juges admettent que le directeur financier ou tout autre cadre ayant des responsabilités au sein de l'entreprise puisse émettre des critiques si elles ne contiennent pas des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs. Il convient de s'interroger sur la définition de ces termes. La diffamation qui est une infraction punie par le Code pénal est définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881⁵¹¹ comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne auquel le fait est imputé* ». Ce texte définit également l'injure comme « *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective* ». Ces définitions ne renferment l'imputation d'aucun fait. Un auteur⁵¹² souligne que seul l'excès va permettre de qualifier l'abus préjudiciable à la société. Selon cet auteur, l'abus se caractérise par l'atteinte à la réputation à l'honneur ou à la considération d'autrui. Cette atteinte à la réputation est d'ailleurs retenue par l'article 10 §2 de la CEDH qui retient la protection de la réputation pour admettre que l'atteinte à celle-ci puisse justifier une sanction de l'exercice de la liberté d'expression. Egalement, cette notion d'abus est illustrée par des exemples jurisprudentiels. A ce titre, la Haute juridiction constate un abus « *lorsqu'il y a mise en cause de la moralité ou de la probité de l'employeur*⁵¹³, lorsque le cadre-dirigeant dénigre pas ses propos son

⁵⁰⁸ Cass.Soc., 7 juin 2006, n°04-45.781, inédit ; Cass.Soc, 22 fév. 2011, n°10-30.074, inédit.

⁵⁰⁹ Cass.soc., 27 mars 2013, n°11-19.734, *Bull.civ.* n°95.

⁵¹⁰ Cass.soc, 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ.* n°488.

⁵¹¹ Loi du 29 juil. 1881 sur la liberté de la presse, JORF, 30 juil.1881, p.4201.

⁵¹² G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *Rev. trav.* 2014. 396.

⁵¹³ Cass.soc 16 oct 2013, n°12-11.971, inédit.

supérieur hiérarchique »⁵¹⁴ ou lorsqu'un discrédit jeté sur l'entreprise porte atteinte à « *sa réputation ou à son image* »⁵¹⁵.

287. – La haute juridiction a toutefois précisé que ces critiques devaient être adressées à des personnes relevant du pôle exécutif de l'entreprise⁵¹⁶. Dans cette affaire, le directeur commercial avait élaboré un courrier destiné aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère au sein duquel il énonçait que les décisions prises par la direction étaient incohérentes et contradictoires compromettant la pérennité de l'entreprise. Pour lui, ces décisions entraînaient des désordres internes, des détournements, des abus d'autorité ainsi qu'une situation financière désastreuse. Suite à ces propos, le directeur commercial a été licencié. Il a contesté son licenciement devant le conseil des prud'hommes. Le conseil des prud'hommes a accepté ses demandes ce qui n'a pas été le cas de la Cour d'appel qui a contesté le motif de licenciement. Elle a énoncé que même si la lettre ne comportait pas d'injure, elle n'en était pas moins dénuée de nuance. Elle a affirmé que le directeur, par ces propos a dépassé les standards habituels de communications au sein de l'entreprise. Elle a constaté qu'il avait décrit de façon tendancieuse des situations qui s'apparentaient à des actes de malveillance. Il avait fait une présentation alarmiste de la situation économique de la société. Un tel comportement était d'autant plus fautif qu'il était le fait d'un cadre supérieur disposant d'une large autorité et d'une autonomie non négligeable dans l'entreprise. L'arrêt de la Cour d'appel a été cassé par la Cour de cassation sur ce point au visa de l'article L1121-1 du code du travail, « dès lors qu'il s'abstient de termes injurieux ou diffamatoires, un cadre peut se permettre de dénoncer l'incompétences de son président auprès de membres du conseil d'administration ainsi qu'aux dirigeants de la société mère ». Nous pouvons déduire de cette décision que le directeur financier peut émettre des critiques auprès de certaines personnes notamment auprès du conseil d'administration ainsi que les dirigeants dès lors que ces critiques sont dénuées de termes injurieux ou diffamatoires.

Par cette solution, la Cour de cassation confirme une jurisprudence constante sur ce point. Dans une précédente affaire, elle avait en effet affirmé « *qu'un cadre ne pouvait être*

⁵¹⁴ Cass.soc.13 juin 2010, n°09-40.825, inédit.

⁵¹⁵ Cass.soc 12 nov. 2008, 07-42.220, inédit

⁵¹⁶ Cass.soc.27 mars 2013, n°11-19.734, *bull.civ.*, n°95 ; B. Dabosville, « Liberté d'expression d'un cadre supérieur s'adressant aux dirigeants de l'entreprise », *Dr.soc.* 2013, p.453. ; V. Pontif, « Qualité de cadre dirigeant : « gare au contenu du contrat de travail ! », *Rev.tra.*2013, p.491.

licencié pour avoir exprimé, en termes dénués de tout excès son désaccord avec les orientations soumises à son visa dans le cadre d'un comité de direction »⁵¹⁷.

288. – La haute juridiction a toutefois précisé que les critiques formulées par le directeur financier ne devaient pas être effectuées en public. A ce titre elle a considéré « *qu'un cadre-dirigeant avait manqué à son obligation de réserve pour avoir manifester publiquement son désaccord sur la politique de l'entreprise ou sur les méthodes de garanties mises en œuvre* »⁵¹⁸.

Cette interdiction de formuler des critiques auprès du public permet de protéger l'intérêt de l'entreprise et d'empêcher une désorganisation de l'entreprise orchestrée par des salariés influencés par les propos du directeur financier. La Cour de cassation ne donne pas d'indices supplémentaires concernant la définition de la notion de public. Au regard des décisions jurisprudentielles, il semblerait que la notion de « public » fait référence aux personnes ne faisant pas partie du pôle exécutif c'est-à-dire les salariés qui ne possèdent pas de mandat social ainsi que les partenaires de l'entreprise.

III La fidélité du directeur financier renforcée

289. – Le directeur financier participe au pôle exécutif, il élabore les projets de développement de l'entreprise avec l'organe dirigeant. La spécificité de ses fonctions ainsi que la nature de la relation avec le dirigeant exigent de la part du directeur financier une obligation de fidélité dont le contenu doit être adapté aux fonctions du directeur financier. Cette obligation permet d'interdire au directeur financier d'exercer une activité concurrente (A), et de capter des opportunités d'affaires (B).

A) L'interdiction d'exercer une activité concurrente

290. – La clause de non-concurrence se définit comme une émanation de la volonté des parties et, à défaut de l'exigence de bonne foi. Elle impose à une personne de s'abstenir de concurrencer, dans le cadre d'une activité professionnelle, une autre personne ayant la qualité de créancier de cette obligation et cela par exception au principe de liberté de la concurrence⁵¹⁹. Le non-respect par le directeur financier de la clause de non-concurrence peut avoir un impact conséquent sur la pérennité de l'entreprise. En effet, sa connaissance des

⁵¹⁷ Cass.soc., 3 mai 2011, n°10-14.104, *Bull civ.* n°104.

⁵¹⁸ Cass.soc. , 28 mars 2000, n°97-42.943, inédit.

⁵¹⁹ Y. Picod, S. Robinne, « les obligations de non-concurrence » *Rép. dr. trav.*, mars 2014.

secrets de l'entreprise, sa participation aux projets stratégiques ainsi que les relations qu'il entretient avec les partenaires sociaux font de lui un acteur majeur au sein de l'entreprise et un potentiel concurrent représentant un risque pour l'entreprise dans l'hypothèse où il ne respecte pas la clause de non-concurrence.

Compte tenu de ses fonctions le directeur financier ne doit pas exercer une activité concurrente à l'entreprise auprès de laquelle il est initialement engagé contractuellement lors de l'exécution du contrat (1). Cette obligation doit être envisagée explicitement contractuellement après l'expiration du contrat (2).

1) Lors de l'exécution du contrat

291. – Le directeur financier au sein de l'entreprise se voit imposer une clause de non concurrence de plein droit. Il s'agit ici de déterminer le contenu de cette obligation (a) ainsi que les aménagements contractuels nécessaires aux fonctions du directeur financier (b).

a) Le contenu de l'obligation

292. –Le directeur financier ne doit développer pendant la durée du contrat aucun acte de concurrence déloyale. Cette obligation trouve son fondement dans les règles générales du droit des contrats qui exigent que les conventions soient exécutées de bonne foi⁵²⁰ et « *obligent (...) à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après la nature* »⁵²¹. Il n'est pas nécessaire que cette obligation soit explicite. Elle se déduit de la nature des fonctions du directeur financier ainsi que la relation de confiance établie entre l'organe dirigeant et le directeur financier.

L'obligation de non-concurrence du directeur financier n'est pas définie par une disposition légale. Par conséquent, c'est l'analyse des décisions jurisprudentielles qui permet de déterminer son contenu. A ce titre, la Cour d'appel⁵²² a été sollicitée afin de déterminer si le directeur financier avait manqué à son obligation de loyauté en créant une société concurrente au sein de laquelle il était membre du comité exclusif. Il ne s'agit pas ici de s'attarder sur l'appréciation de la faute grave par la Cour car ce n'est pas l'objet de notre

⁵²⁰ Art.1134 alinéa 3 du Code civil.

⁵²¹ Art.1135 du Code civil.

⁵²² CA. Paris, 16 nov. 2011, n°10/01538.

propos, mais d'apprécier le contenu de la clause de non-concurrence imposée au directeur financier. En l'espèce, M.X a été embauché par la société comme directeur financier. Lors de l'exécution de son contrat de travail, il a constitué une société concurrente au sein de laquelle il était membre du comité exécutif. Il a été licencié pour faute grave pour avoir manqué à son devoir de loyauté envers la société. Le salarié a porté l'affaire devant le conseil des Prud'hommes. Sa demande a été rejetée par le conseil des Prud'hommes ainsi que par la Cour d'appel. Après avoir rapporté le principe selon lequel « *l'obligation de loyauté inhérente à toute relation contractuelle ne se traduit pas nécessairement par une obligation d'exclusivité générale et absolue* », la Cour d'appel énonce que « *le salarié ne doit pas concurrencer son employeur pendant l'exécution du contrat. Le fait de prendre une participation au capital de l'entreprise concurrente en y exerçant des fonctions particulières constitue de la part du salarié un manquement à son obligation de loyauté* ».

On déduit de cet arrêt que la loyauté imposée au titre de la clause de non-concurrence exige une exclusivité du directeur financier (a-1). Cette exclusivité n'est ni générale ni absolue (a-2).

a-1) L'exclusivité du directeur financier

293. – L'obligation de non-concurrence est susceptible de degré c'est-à-dire qu'elle va être plus ou moins contraignante en fonction du niveau de responsabilité et de la nature du contrat du débiteur de l'obligation. C'est le constat que fait la Cour d'appel. Elle affirme que le directeur financier ne doit pas exercer une fonction particulière au sein d'une entreprise concurrence.

Par cette décision, la Cour instaure une exigence d'exclusivité à l'égard du directeur financier qui ne serait pas imposée au salarié qui n'exerce pas de responsabilité au sein de l'entreprise. En effet, on peut supposer que le salarié n'ayant aucune responsabilité au sein de l'entreprise ait le droit d'exercer une activité au sein d'une autre société.

Cette exclusivité se fonde donc sur les fonctions du directeur financier qui justifient que l'organe dirigeant exige de lui une fidélité à l'entreprise.

294. – La question se pose ici de déterminer l'obligation d'exclusivité à laquelle le directeur financier est tenue.

L'obligation d'exclusivité se définit comme « *une modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout*

autre bénéficiaire, un genre de prestations mises à la charge par le contrat »⁵²³. Selon cette définition, le directeur financier ne peut pas exercer ses fonctions de directeur financier au sein d'une autre société. Il est constaté que la haute juridiction ne limite pas la clause d'exclusivité aux activités de directeur financier, elle interdit au directeur financier d'exercer « *une fonction particulière au sein d'une société concurrente* ». La notion de fonction particulière employée par la Cour est critiquable par son imprécision.

Il convient de s'interroger sur la nature des fonctions interdites en l'espèce. Il s'agit probablement d'interdire au directeur financier d'exercer une activité similaire à celle qu'il exerce au sein de l'entreprise à laquelle il est tenu initialement. Nous pouvons déduire de l'absence de précision par la Cour concernant les fonctions interdites, une volonté d'étendre l'interdiction concernant les fonctions principales du directeur financier à des fonctions annexes, notamment comme le fait d'être membre du comité exécutif. Cette extension de l'exclusivité aux activités annexes se justifie par la nature des fonctions du directeur financier et notamment par leur modernisation. Le directeur financier moderne est intégré au projet de développement de l'entreprise et à sa stratégie. L'exercice de fonction, comme par exemple le fait de participer au comité exécutif au sein d'une société concurrente pourraient constituer un risque pour la pérennité de l'entreprise. Le directeur financier pourrait dévoiler les projets stratégiques à la société concurrente de la société à laquelle il est initialement tenu.

Par conséquent, pour protéger l'entreprise, il ne doit pas pouvoir exercer ses fonctions principales de directeur financier ainsi que des fonctions annexes au sein d'une société concurrente.

a-2) Les limites de l'exclusivité

295. – La cour d'Appel précise que cette obligation d'exclusivité n'est ni générale ni absolue. Elle n'interdit pas à au directeur financier de posséder des participations au sein d'une entreprise concurrente. Cette solution apportée par la Cour est acceptable lorsqu'il s'agit d'un salarié n'ayant pas de responsabilité au sein de l'entreprise. Elle est critiquable lorsqu'il s'agit du directeur financier. Contrairement au salarié n'ayant pas de responsabilité au sein de l'entreprise, le directeur financier pourra représenter un danger pour l'entreprise lorsqu'il est propriétaire de participation dans une entreprise concurrente. Compte tenu de son statut d'associé au sein de la société, il souhaitera que la société concurrente se développe et lui procure des bénéfices. Par conséquent, il sera tenté de divulguer certaines informations confidentielles permettant à l'entreprise d'avoir un avantage concurrentiel.

⁵²³ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V°EXCLUSIVITE

b) Les aménagements contractuels nécessaires

296. – Afin de protéger efficacement l’entreprise, il est nécessaire de prévoir clairement une clause de non-concurrence intégrée au contrat.

Compte tenu des fonctions du directeur financier au sein de l’entreprise, la clause de non-concurrence doit envisager une exclusivité générale et absolue du directeur financier envers l’entreprise afin d’éviter tout risque pour la pérennité de celle-ci.

2) Lors de l’extinction du contrat

297. – Le principe de la liberté d’entreprendre ainsi que la liberté du travail pour les salariés ont conduit les juges à affirmer que la clause de non-concurrence ne s’applique pas après l’extinction du contrat. Cette solution a été affirmée par la jurisprudence « *en l’absence de toute convention expresse restrictive de la liberté de concurrence de l’ancien salarié, ce dernier n’est pas tenu par une obligation de non concurrence envers son ancien employeur* »⁵²⁴. Malgré le constat de cette absence de protection par les juges. L’entreprise a besoin d’être protégée par des clauses contractuelles de non-concurrence au sein du contrat de travail. Lors de l’extinction du contrat, les actes concurrents éventuels que pourraient commettre le directeur financier représente un risque conséquent pour l’entreprise. Ce risque est équivalent à celui présent lors de l’exécution du contrat. En effet, lors de l’extinction du contrat, le directeur financier, connaît les futurs projets de l’entreprise, ainsi que les secrets d’affaires. Il se peut même qu’il continue à entretenir des relations avec les partenaires de son ancienne entreprise sans leur mentionner son départ. Par conséquent, la clause de non-concurrence du directeur financier applicable lors de l’extinction du contrat est justifiée afin de protéger l’intérêt de l’entreprise.

La question qui se pose est de déterminer le contenu de cette clause. Elle doit permettre de protéger efficacement l’entreprise, mais elle ne doit pas empêcher le directeur

⁵²⁴ Y. Serra, *L’obligation de non concurrence dans le droit des contrats*, éd Sirey, 1970, pts. 23.

financier de retrouver un emploi. Afin de préserver au mieux les intérêts de chacun, la clause doit interdire au directeur financier d'exercer une activité similaire. Cette interdiction doit être limitée aux sociétés concurrentes. Les activités interdites doivent être étendues aux activités annexes du directeur financier comme le fait d'être membre du comité exécutif.

B La captation des opportunités d'affaires

298. –Une opportunité d'affaires ou « corporate opportunities » se définit comme l'occasion de s'engager dans une opération ou une activité⁵²⁵. Ces opportunités ont été envisagées par les auteurs concernant le dirigeant. Certaines situations d'opportunité pour le dirigeant peuvent créer un conflit d'intérêt opposant son intérêt individuel et l'intérêt social dont il a la charge. Ces opportunités ne sont pas l'apanage du dirigeant, le directeur financier peut se retrouver dans des situations similaires à celui-ci ayant pour conséquence de créer un conflit d'intérêt. Compte tenu de ses fonctions de plus en plus stratégiques ainsi que de ses relations avec les partenaires actuels et futurs de l'entreprise, le directeur financier peut être confronté à des opportunités d'affaires qui peuvent créer un conflit d'intérêt.

Le conflit d'intérêt peut se définir comme la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs⁵²⁶. Cette notion résulte de l'adage *nemo in rem suam auctor esse potest* qui énonce que le conflit doit en principe être tranché en faveur des devoirs.

Ces opportunités d'affaires ont été encadrées par les législations étrangères. C'est le cas notamment en Angleterre au sein du *Company Act de 2006* et aux Etats-Unis au sein des *Principles of corporate governance* élaboré en 2002 résultant d'un acte intitulé *American Law Institute*⁵²⁷. Afin d'éviter ces conflits d'intérêt, le droit américain a étendu les règles relatives aux corporate opportunities aux « seniors exécutifs » c'est-à-dire au directeur financier. Cependant aucune disposition légale française n'encadre les éventuelles dérives liées aux opportunités d'affaires. La jurisprudence a déduit des fonctions du directeur financier une

⁵²⁵ G. Helleringer « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D*, 2012, n°24, p.1560.

⁵²⁶ P-F., Cuif, « Le conflit d'intérêts : Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, n°1,

⁵²⁷ Voir en droit anglais, P.Davies, Gower and Davies' principles of modern compagny law, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, p.599., et l'arrêt fondateur *ass vs Benham* (1891) 2 Ch.244, ainsi que les arrêts de référence (landmark cases), *Cook, vs Deeks* (1916) 1 AC 554, *Régal (Hastings) Ltd vs Gulliver* (1967) 2 AC 134, et *Bhullar vs Bhullar* (2003) 2BCLC 241 en droit américain, J-H. Choper, J.C.Coffee, Jr., R.J.Gilson and matériaux coporations, 7^{ème} éd., 2008, NY, Aspen Publishers, et les arrêts de principes, Guth..

obligation de loyauté particulière qui permet d'encadrer les opportunités d'affaires auxquelles le directeur financier pourrait être soumis (1). Afin d'encadrer efficacement le comportement du directeur financier, cette obligation de loyauté doit être complétée par une obligation contractuelle de révélation des conflits d'intérêt (2).

1) L'interdiction de capter des opportunités d'affaires réservées à la société.

299. –La notion d'opportunité d'affaires doit être définie. Cette notion d'opportunité d'affaires est difficile à appréhender. Elle a été notamment définie par le droit anglais à travers le *line of business test*⁵²⁸ comme toute opportunité qui entre dans la ligne de l'activité sociale de la société, ou dans celle que le dirigeant ou le directeur financier a en charge de développer. Selon la Cour de cassation⁵²⁹, ce lien entre l'opportunité et l'activité de société apparaît lorsque le marché appartient au « même domaine d'activité ». Elle précise que l'opportunité d'affaires est une possibilité pour l'entreprise de développer son activité. Compte tenu de la nature des fonctions du directeur financier, il peut, lors de l'exécution de ses fonctions avoir connaissance d'une opportunité d'affaires réservée à la société. Pour éviter les dérives liées à une utilisation par le directeur financier de l'opportunité d'affaires pour son propre compte, la jurisprudence va encadrer le comportement du directeur financier par le biais d'une obligation de loyauté.

300. –Cet encadrement des opportunités d'affaires est notamment illustré par un arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 2011⁵³⁰. Cet arrêt concerne l'utilisation d'opportunités d'affaires par un dirigeant, toutefois, il est applicable au directeur financier. En l'espèce une société réalisait la phase initiale d'un programme de construction immobilière. La deuxième phase du programme avait été confiée à une autre société dont le dirigeant était également dirigeant de la société ayant réalisé la 1^{er} phase. Les associés de la société ayant réalisé la 1^{ère} phase reprochent au dirigeant « *d'avoir détourné à son profit les bénéfices de la*

⁵²⁸ Industrial Development Consultants Ltd vs Cooley (1972) 1 WLR 443.

⁵²⁹ Cass.com., 15 nov.2011, n°10-15.049, *Bull.civ.*, n°188, note sous arrêt, A. Couret, B.Dondero ; *JCP. E*, 2011, n°50, p.16 ; H. Le Nabasque, *Bull. Joly.Soc.*, 2012, §116 ; L. Godon, « L'obligation de non-concurrence de l'associé et du dirigeant de société », *Rev.sociétés*, 2012.134 ; A. Constantin, « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD.com.*2012.134. T. Favario, « Variation sur le devoir de loyauté de l'associé et du gérant de SARL », *D.*2012.134.

⁵³⁰ Cass.com., 15 nov. 2011, n°10-15049, *Bull.civ.*, n°188

première tranche du programme immobilier ». Les associés ont décidé d'assigner leur dirigeant pour concurrence déloyale. La Cour d'appel a rejeté la demande. Elle a affirmé que le dirigeant n'avait pas commis d'activité déloyale car les deux opérations étaient distinctes l'une de l'autre. La cour de Cassation a censuré l'arrêt sous le visa de l'article L.223-22 du Code de commerce. Elle a affirmé que les motifs invoqués par les juges du fonds étaient *« impropres à exclure tout manquement du dirigeant à l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur lui en raison de sa qualité de gérant »*. L'obligation de loyauté *« interdit de négocier en qualité de gérant d'une autre société, un marché sur le même domaine d'activité »*.

Cette solution établie à l'égard d'un dirigeant est transposable au directeur financier. L'évolution des fonctions du directeur financier le place dans une position similaire à l'exécutif dont il est parfois membre. Il participe à la définition de la stratégie de l'entreprise, il met en place la politique financière et élabore des projets permettant de développer l'entreprise. Il a connaissance des projets de l'entreprise et il gère leurs conséquences financières et extra financières. Par conséquent, le directeur financier au même titre que le dirigeant peut se trouver dans une situation d'opportunité qui suppose de respecter une obligation de loyauté.

Cette obligation de loyauté impose un certain comportement au directeur financier lorsqu'il se retrouve dans une situation d'opportunité d'affaires. Il ne doit pas utiliser pour son propre compte une opportunité d'affaires réservée à la société. La notion d'opportunité n'étant pas clairement définie, il est nécessaire dans un souci de sécurité contractuelle, de prévoir contractuellement une clause de révélation du conflit d'intérêt.

2) La clause de révélation du conflit d'intérêt

301. – Cette clause permet de prévenir les conflits d'intérêts. Elle a pour objet d'imposer au directeur financier de révéler à l'organe dirigeant l'existence de l'opportunité d'affaires et de l'avantage qu'il espère en tirer personnellement. Selon certains auteurs, l'information doit envisager les faiblesses et les atouts de l'affaire, ainsi que les potentialités de gains⁵³¹.

⁵³¹ G., Helleringer « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires » D.2012, n°24, p.1565

Cette obligation de révélation a été envisagée également par le MEDEF. Dans un guide à destination des dirigeants⁵³², le MEDEF recommande la mise en place d'une déclaration d'intérêt. Cet organisme préconise d'envisager un champ d'application large c'est-à-dire que la déclaration doit révéler non seulement les intérêts détenus par le directeur financier mais aussi les intérêts détenus par les proches à savoir le conjoint, le concubin, le pascé, ascendants et descendants⁵³³. Concernant les destinataires de la déclaration, le MEDEF rappelle la nécessité de préserver la vie privée. Par conséquent concernant le directeur financier, la déclaration d'intérêt devrait être exclusivement destinée à l'organe dirigeant. Enfin concernant la périodicité, l'organisme préconise de l'actualiser chaque année et lors de chaque changement substantiel dans les intérêts⁵³⁴.

⁵³² MEDEF. « Guide pratique : Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise » publié par le mouvement des entreprises de France Comité d'éthique, dépôt légal 2011.

⁵³³ *Ibid.*, P.15

⁵³⁴ *Ibid.*, P.15

Conclusion du 1^{er} chapitre

302. –L'essence de la fonction du directeur financier exige qu'il puisse bénéficier d'un degré d'autonomie pour exécuter ses fonctions. Cela suppose un aménagement des conditions du contrat de travail et notamment du lien de subordination. Grâce à la création de statuts spécifiques au sein de l'entreprise, le législateur a permis à certains salariés exerçant des responsabilités au sein de l'entreprise de bénéficier d'un degré d'autonomie. Selon la nature de ses fonctions, le directeur financier peut être qualifié de cadre ou de cadre-dirigeant. Ces qualifications lui permettent de bénéficier de l'autonomie nécessaire à l'exécution de ses fonctions.

En contrepartie de l'autonomie octroyée au directeur financier, l'exécution de ses fonctions est encadrée par des obligations de loyauté renforcées afin de préserver la pérennité de l'entreprise des éventuelles dérives du directeur financier. Les manifestations d'une loyauté renforcée vont concerner certaines obligations compte tenu du risque potentiel qu'elles peuvent constituer à l'encontre de la pérennité de l'entreprise. Il s'agit de l'obligation de confidentialité, de l'obligation de réserve et de l'obligation de fidélité.

Chapitre II les pouvoirs du directeur financier

303. –La notion de pouvoir peut se définir comme « *la faculté d'imposer sa volonté à autrui* »⁵³⁵. Le pouvoir est orienté vers un but tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais avec son titulaire⁵³⁶. Il s'agit d'une prérogative juridique finalisée⁵³⁷. Le titulaire du pouvoir est ainsi investi d'un droit de faire valoir sa décision, de trancher par l'exercice de sa volonté une situation juridique⁵³⁸.

Ce pouvoir de décision s'oppose au pouvoir d'exécution qui suppose d'exécuter strictement les instructions. Au sein de certaines formes d'organisations fonctionnelles de société, ce pouvoir de décision est décentralisé de l'organe dirigeant vers des directeurs dont le directeur financier.

L'objectif de ce chapitre est d'identifier les pouvoirs exigés pour l'exercice des fonctions spécifiques du directeur financier (**Section I**) et de caractériser les mécanismes permettant d'attribuer le pouvoir au directeur financier (**section II**).

⁵³⁵ P. Lokiec., *Contrat et pouvoirs : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, éd LGDJ, 2004, p.12, pts 16.

⁵³⁶ E.Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p.150.

⁵³⁷ *Ibid*, p.7.

⁵³⁸ *Ibid*, p.7.

Section I L'identification des pouvoirs

304. – L'exercice du pouvoir par le directeur financier induit une représentation. Le professeur Gaillard énonce, « *il y a représentation dès lors qu'une personne est investie d'un pouvoir c'est-à-dire de l'aptitude à exercer un intérêt distinct du sien* »⁵³⁹.

La notion de représentation n'est à ce jour définie par aucun texte légal. Le projet de réforme du droit des obligations propose d'intégrer cette notion au Code civil, toutefois celui-ci ne comporte aucune définition concrète de la représentation⁵⁴⁰. La doctrine a apporté une conception stricte de cette notion. Elle le définit comme : « *le procédé juridique grâce auquel une personne agit pour le compte et au nom d'une autre de telle sorte que les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté comme si celui-ci avait passé l'acte personnellement* »⁵⁴¹. Certains ont apporté une conception plus moderne, la représentation peut se définir comme la « *situation où une personne agit et où les conséquences juridiques de ses actes s'imputeront à une autre. Réciproquement, cette dernière perd la qualité de tiers par le fait du commandement de la première* »⁵⁴².

L'essence des fonctions du directeur financier implique une fonction de représentation lors de leur exécution. Elle se manifeste par l'exécution d'actes juridiques (**paragraphe I**) en vertu de certains pouvoirs (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Les actes juridiques

305. – Le directeur financier accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte de la société à l'intérieur de l'entreprise et vis-à-vis des tiers. Ces actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit⁵⁴³. Il s'agit d'actes de gestion de la

⁵³⁹ *Ibid.*, p.139.

⁵⁴⁰ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations / art.1152 à art.1160.

⁵⁴¹ P. Le Tourneau, C.Bloch, D. Krajewski, « Contrats de service », *Act. dr. resp. contr.*, pts, 3992.

⁵⁴² P. Didier, *De la représentation dans le droit privé*, éd LGDJ, 1997, Introduction.

⁵⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd PUF, 2014, V° « acte juridique ».

société dont le degré de gravité varie en fonction de la nature de l'acte. Ils sont conservatoires⁵⁴⁴, d'administration ou de disposition.

Il convient de s'interroger sur la nature des actes juridiques internes (I) et externes (II) à l'entreprise accomplis par le directeur financier.

I Les actes juridiques internes

306. –Le directeur financier accomplit des actes juridiques dont la nature doit être déterminée (A) qui sont plus ou moins étendus selon qu'il exécute des obligations traditionnelles ou modernes (B).

A) La nature des actes juridiques

307. –A l'intérieur de l'entreprise, le directeur financier accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte de la société vis-à-vis des salariés.

Certains actes juridiques sont essentiels à la fonction du directeur financier. Ils constituent l'essence de sa fonction. La non-exécution par le directeur financier de tels actes a pour conséquence la disparition de la fonction de directeur financier (1). D'autres actes peuvent être qualifiés d'accessoires à la fonction du directeur financier. Ces actes accessoires permettent une exécution efficace des fonctions du directeur financier (2).

⁵⁴⁴ G Cornu « les actes juridiques sont conservatoires lorsqu'ils tentent d'éviter la perte d'un bien ou d'un droit ; Ils sont d'administration lorsqu'il s'agit d'actes d'opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de bien englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine qui peut varier selon la nature du bien administré et comprend des actes d'aliénation ou d'acquisition, opération qui occupe le deuxième degré dans l'échelle de gravité des actes juridiques et dont l'ensemble détermine, en canon législatif, le limite des pouvoirs de l'administration et du patrimoine d'autrui. Les actes de disposition sont des opérations graves qui engagent le patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance ».

1) Les actes juridiques essentiels à la fonction du directeur financier

308. –Le directeur financier organise la gestion de l'activité financière. Cela se traduit par trois catégories d'actes juridiques vis-à-vis des salariés, il s'agit d'émettre des directives **(a)**, d'effectuer un contrôle **(b)** et de sanctionner le salarié **(c)**.

a Les directives

309. –Pour organiser l'activité financière de l'entreprise, le directeur financier va édicter des directives ou des ordres propres à l'organisation de son service financier. Cela suppose d'élaborer des normes dont l'objectif est l'encadrement du travail des salariés. Ces normes permettent d'organiser les horaires et de les ajuster en fonction de l'activité générée par la gestion du service. Certaines circonstances exigent une modification des horaires. Le dépôt du bilan auprès des impôts, auprès du greffe ou encore le dépôt des déclarations fiscales vont exiger des salariés un surcroît de travail qui se traduit par l'édiction de normes modifiant les horaires du service. Ces directives peuvent être générales, ou personnelles à une certaine catégorie de salariés en fonction de la nature de leur tâche. Elles se matérialisent par des notes de service. Ces notes ne sont pas considérées comme une adjonction au règlement intérieur car même si elles peuvent être permanentes et générales au service financier, elles ne sont pas générales à l'ensemble du service. Par conséquent, elles ne sont pas soumises aux dispositions légales du règlement intérieur énoncé par l'article L.1321-5 du Code du travail.

Au-delà de la gestion de l'organisation générale du service, le directeur financier va organiser le travail de chaque salarié au sein du service par l'édiction de directives ou d'ordres. Il va organiser le travail en fonction des compétences et des fonctions de chaque salarié. Cette organisation suppose de déterminer les obligations du salarié concerné de manière quotidienne ou hebdomadaire selon la nature des responsabilités du salarié. L'accomplissement de tels actes par le directeur financier est essentiel à l'exécution de sa fonction. Les fonctions de directeur financier lui imposent de gérer le service et donc d'organiser le travail des salariés par des directives.

Il convient de s'interroger sur la possibilité de qualifier ces actes comme des actes juridiques. On pourrait penser qu'il s'agit là d'actes matériels car ils ne produisent pas eux-mêmes d'effet de droit. Pourtant un auteur a démontré que ces actes produisent des effets de droit et doivent être qualifiés d'actes juridiques. Concernant le fait de donner des ordres,

Monsieur Ferrier souligne que « *l'obligation d'obéir ne naît pas de l'ordre lui-même, mais d'un rapport d'autorité qui le précède. Ainsi l'obéissance due par tout salarié est fondée sur le pouvoir d'autorité que le contrat de travail confère à l'employeur* »⁵⁴⁵. Par conséquent, les ordres et directives énoncés par le directeur financier doivent être qualifiés d'acte juridique.

b Le contrôle

310. –Le directeur financier doit contrôler, voire superviser le travail des salariés. Ce contrôle n'est pas limité à une surveillance des salariés. En effet, le directeur financier ne doit pas se contenter de surveiller les salariés afin de s'assurer de l'accomplissement de leur obligation conformément à son contrat de travail et conformément aux dispositions légales.

Les fonctions du directeur financier lui imposent d'aller au-delà de la simple surveillance du salarié. Son obligation de contrôle exige la vérification du travail du salarié par la remise par celui-ci de compte rendu, il doit également apprécier ce travail c'est-à-dire qu'il va déterminer si le travail accompli par le salarié est conforme à son contrat de travail, aux directives établies par le directeur financier et aux principes comptables. Le contrôle exercé par le directeur financier sur les salariés du service est essentiel aux fonctions du directeur financier. Sans un contrôle des salariés, il ne peut pas exécuter ses fonctions de directeur financier.

Pareillement aux directives édictées par le directeur financier, il convient de se demander si le contrôle peut être qualifié d'acte juridique. Selon Monsieur Ferrier, l'obligation du directeur financier de contrôler la fiabilité des comptes constitue un acte juridique car « *toute mission ayant pour objet de veiller à l'application d'une réglementation particulière applicable dans l'entreprise se réalise par des actes nécessairement juridiques* »⁵⁴⁶. Il s'agit donc d'un acte juridique dont la gravité lui attribue la qualité d'acte d'administration. Ces actes contribuent à la gestion du service, ils n'engagent pas la pérennité de la société.

⁵⁴⁵ N. Ferrier., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. P.Petel, Litec, pts. 34.

⁵⁴⁶ *Idem.*

c) Les sanctions.

311. – Afin de gérer son service, le directeur financier doit être en mesure de sanctionner les salariés. Toutefois, la gestion du service n'impose pas qu'il puisse sanctionner tous les manquements des salariés. En effet, le directeur financier sanctionne les manquements de faibles gravités. Ces sanctions sont indispensables pour exécuter ses fonctions de gestion du service financier. Elles se matérialisent essentiellement par des blâmes et des mises à pied. Le licenciement du salarié doit être distingué des autres sanctions. Il ne s'agit pas d'un acte indispensable à l'exécution des fonctions du directeur financier.

2) Les actes juridiques non essentiels à la fonction du directeur financier

312. – Le recrutement des salariés, l'évaluation ainsi que le licenciement du salarié ne sont pas des actes essentiels à la fonction du directeur financier. Le directeur financier contrairement au directeur des ressources humaines n'a pas pour fonction de gérer le personnel de la société. Toutefois, il peut être amené à conclure des contrats de travail, et à licencier un salarié travaillant au sein de son service. Cela découle de la nature de sa fonction de directeur. La qualité de directeur induit en effet qu'il puisse accomplir des actes relatifs au recrutement et au licenciement des salariés.

B) L'étendue des actes juridiques

313. – L'étendue des actes juridiques doit être distinguée selon que le directeur financier exerce des fonctions traditionnelles ou modernes. Les actes juridiques effectués par le directeur financier traditionnel sont limités au domaine comptable. Ils ne vont concerner que le domaine de l'élaboration de l'information financière.

Contrairement au directeur financier exerçant des fonctions traditionnelles, le directeur financier moderne va exécuter des directives et des contrôles dans un domaine extracomptable. En effet, les obligations du directeur financier sont étendues au-delà de la l'élaboration de l'information à des domaines extracomptables comme le développement durable, la gestion de risques ou encore la gestion de projet de développement.

II Les actes juridiques externes à l'entreprise

314. –Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier peut être amené à conclure des actes juridiques avec les partenaires de la société. Il peut s'agir d'acte de conservation, d'acte d'administration ou d'acte de disposition. Le directeur financier intervient généralement auprès de trois catégories de partenaire de la société.

Premièrement, Il intervient auprès des établissements financiers. La conclusion d'actes juridiques auprès des établissements financiers ne constitue pas l'essence de sa fonction, mais ils découlent de ses obligations de gestion des finances de l'entreprise. Il s'agit principalement de la recherche des fonds nécessaires pour subvenir aux besoins de l'entreprise ainsi que pour réaliser des projets. La plupart des actes conclus par le directeur financier auprès de banques sont des actes de gestion courante. Ces actes peuvent également être qualifiés de conservation lorsqu'ils permettent d'éviter à la société de perdre ses actifs. Il s'agit par exemple, pour le directeur financier de ne pas conclure un contrat de prêt car les conditions se révèlent désavantageuses pour la société. Plus rarement, il peut conclure des actes de disposition qui vont engager de manière conséquente le patrimoine de la société. A titre d'exemple, le directeur financier peut être amené à signer des conventions de crédit, des lettres de change, des bordereaux Dailly. Egalement, il peut engager la société par des actes de caution, de garantie d'aval. Le cautionnement est défini par le Code civil comme un contrat unilatéral par lequel « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »⁵⁴⁷. L'avaliste est une caution particulière à savoir un cautionnement cambiaire d'une dette cambiaire en vertu duquel « *le donneur d'aval (avaliste) s'engage à payer le montant de l'effet de commerce en cas de défaillance de tel signataire déterminé* »⁵⁴⁸. La notion de garantie est assez difficile à cerner, Au sens large, la garantie désigne, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire. Le contrat de garantie a pour objet de fournir au créancier l'engagement d'un débiteur accessoire⁵⁴⁹. La garantie se traduit par le fait de garantir une somme d'argent mais aussi par les actes qui conduisent à exécuter des obligations conventionnelles d'un tiers, il s'agit notamment pour une société mère de se substituer à sa filiale défaillante dans les droits et obligations d'un contrat de crédit-bail immobilier⁵⁵⁰. L'acte juridique de cautionnement,

⁵⁴⁷ Art. 2288 du Code civil.

⁵⁴⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd PUF, 2014, V°. « Aval ».

⁵⁴⁹ *Ibid.*, V°. « Garantie ».

⁵⁵⁰ CA. Paris, 4 octobre 2002, RJDA 2003, n°734.

aval et garantie se traduit par la signature d'un contrat par le directeur financier au nom et pour le compte de la société.

Deuxièmement, le directeur financier intervient auprès de l'administration fiscale. Il établit les diverses déclarations fiscales. Il s'agit pour le directeur financier de réaliser des actes juridiques afin de faire connaître à l'administration fiscale les éléments nécessaires au paiement de l'impôt⁵⁵¹. Ces actes sont qualifiés d'actes de gestion courante. Ils se matérialisent par des imprimés fiscaux concernant la déclaration du bénéfice, la déclaration de la TVA, la déclaration fiscale de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, la cotisation foncière des entreprises...etc.

Troisièmement, le directeur financier, lorsqu'il exerce ses fonctions au sein d'une société cotée peut être amené à engager la société vis-à-vis du marché des professionnels et des potentiels acquéreurs. Ces actes juridiques relatifs à la gestion courante de la société se traduisent par les diverses communications du directeur financier concernant la situation de la société par voie électronique ou par voie de presse.

Paragraphe II Les pouvoirs

315. – Les actes juridiques décrits ci-dessus exigent que le directeur financier soit titulaire de pouvoir de direction. L'exercice de ce pouvoir par le directeur financier invite à s'interroger sur la teneur du pouvoir (I), ainsi que sur les effets (II).

⁵⁵¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd PUF, 2014, V° « Déclaration fiscale »

I) La teneur du pouvoir de représentation

316. – Le pouvoir de représentation du directeur financier se fonde à la fois sur un contrat et sur ses fonctions (A). L'exercice de ses pouvoirs exige de respecter certaines conditions (B).

A) Le fondement du pouvoir de représentation

317. – Le fondement du pouvoir de représentation vis-à-vis des salariés (1) doit être distingué de celui vis-à-vis des tiers (2).

1) Le fondement du pouvoir de représentation vis-à-vis des salariés

318. – Le pouvoir de direction ou le pouvoir patronal est entendu comme celui de prendre des décisions ou de donner des ordres nécessaires à la bonne marche de l'entreprise.

Les nouvelles formes d'organisation des entreprises et plus particulièrement du pouvoir ont permis une évolution du pouvoir de direction. Au départ, le pouvoir patronal se fondait sur la propriété et le contrat. Le fondement relatif à la propriété faisait référence à une notion particulière de la propriété qui diffère de la définition du Code civil. En effet, le code civil énonce la propriété comme « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Il ne s'agit pas ici de la propriété des choses utilisées par une personne physique mais d'une propriété qui, appliquée aux biens de production de l'entreprise devient un pouvoir d'organisation et de direction dont le titulaire, même s'il est désigné par les possesseurs du capital acquiert une autonomie plus ou moins complète à leur égard⁵⁵². Le pouvoir de direction se justifie par le fait que l'entreprise repose par définition sur l'appropriation privée des moyens de production, c'est donc de son droit de propriété sur les biens de l'entreprise que le patron tire son autorité⁵⁵³.

Le deuxième fondement est relatif au contrat de travail. La subordination juridique des salariés est la contrepartie logique de l'absence de risque économique assumé par eux. Le pouvoir patronal se justifie essentiellement par la responsabilité économique qu'assume l'employeur. Cette conception du pouvoir patronal est obsolète. Au sein des nouvelles formes d'organisation du travail, le pouvoir patronal unique a été dilué au sein de pouvoirs

⁵⁵² J.Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dr. Soc., 1982, p.1

⁵⁵³ D.Loschak « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », Dr.social, n°1, Janvier 1982.

hiérarchiques. Le contexte économique, ainsi que la multiplicité des dispositions légales a eu pour une conséquence de modifier l'organisation interne de l'entreprise. Pour maintenir une gestion efficace de la société, le pouvoir a été décentralisé de l'organe dirigeant vers des directeurs de service et notamment vers le directeur financier.

319. – Par conséquent, le fondement du pouvoir exercé par le directeur financier ne repose pas sur la propriété mais sur un contrat conclu avec l'organe dirigeant qui permet de lui attribuer certains pouvoirs en raison de ses capacités. Le fondement du pouvoir du directeur financier peut être rapproché du fondement du pouvoir du supérieur hiérarchique au sein d'une administration. Dans ce système, le supérieur hiérarchique ne tire pas son autorité de la propriété, elle découle d'une investiture légale reposant sur la reconnaissance statutaire d'une compétence fonctionnelle au sein d'une organisation caractérisée par une hiérarchie des fonctions et des niveaux d'autorité⁵⁵⁴. Pareillement au supérieur hiérarchique, c'est en considération de ses compétences que le directeur financier se voit attribuer de manière conventionnelle des pouvoirs. Le pouvoir de direction du directeur financier repose sur un autre fondement. Il découle de l'essence de sa fonction de direction financière. La fonction de directeur financier exige qu'il doive être titulaire de pouvoirs de direction, réservés en premier lieu à l'organe dirigeant. Ce pouvoir se fonde sur l'essence de la fonction du directeur financier. L'absence de ce pouvoir rendrait impossible l'exécution de sa fonction. Le directeur financier dépourvu de pouvoir hiérarchique à l'encontre des salariés ne pourrait pas gérer l'élaboration et le contrôle de l'information financière. Il ne pourrait plus être qualifié de directeur financier mais serait plutôt qualifié de comptable.

⁵⁵⁴ D.Lochak « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration, Dr.social, n°1, Janvier 1982.

2) Le fondement du pouvoir du directeur financier vis-à-vis des tiers

320. – En externe, le directeur financier doit pouvoir représenter la société vis-à-vis des tiers. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un pouvoir essentiel à l'exercice de ses fonctions, ce pouvoir de représentation découle de la nature des fonctions du directeur financier et de ses compétences.

Tout d'abord, le pouvoir de représentation découle de la nature des fonctions du directeur. La fonction de directeur financier résulte d'une organisation des pouvoirs au sein de l'entreprise et de la création de fonctions autonomes qui bénéficient d'une liberté d'organisation et de fonction à charge pour lui d'atteindre les objectifs fixés. Les objectifs fixés sont, la gestion des finances de l'entreprise conformément à son intérêt social. Afin de remplir ces objectifs, il doit pouvoir engager la société vis-à-vis des tiers pour gérer efficacement les finances de l'entreprise.

Egalement, le pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers se fonde sur ses compétences. Le directeur financier est un expert dans le domaine financier et comptable. Ces compétences qui sont en règle générale supérieures à celle de l'organe dirigeant justifient qu'il puisse représenter la société vis-à-vis des tiers.

B) Les conditions du pouvoir

321. –Le pouvoir de représentation doit respecter certaines conditions de fond (1) et de forme (2).

1) Les conditions de fond

322. – L'exercice de ses pouvoirs exige pour le directeur financier de respecter des conditions générales (a) et particulières (b).

a) Les conditions générales

323. – Lors de l'exercice de ses pouvoirs, le directeur financier doit respecter l'objet social (a-1) et l'intérêt social (a-2).

a-1) La conformité des actes juridiques à l'objet social

324. –Aucune disposition légale ne définit explicitement cette notion. Afin de la définir, un auteur s'est référé à la notion telle que définie par l'article 1108 du Code civil qui énonce « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ». Il déduit que l'objet de l'obligation assumée par chacun des associés est sa dette d'apport. L'objet de la société est déduit de l'ensemble des biens apportés par les associés⁵⁵⁵. Un autre auteur, a considéré l'objet social comme la cause des obligations individuelles des associés plutôt que son objet. Malgré ces divergences, les auteurs sont d'accord pour définir la notion d'objet social comme l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer⁵⁵⁶. L'objet social encadre l'exercice du pouvoir, il en découle les actes que le directeur financier peut faire et ceux contraires à son objet qu'il ne doit pas réaliser.

L'objet social limite le pouvoir des dirigeants et donc limite celui du directeur financier. La jurisprudence a posé un véritable principe « *qu'il s'agisse des sociétés civiles ou des sociétés de personnes, les dirigeants n'engagent la société que par les actes qui entrent dans l'objet social* »⁵⁵⁷. Cette limite est justifiée par le fait que les associés sont tenus indéfiniment du passif social. Leur responsabilité serait aggravée si le gérant engageait la société en entreprenant des activités plus risquées que celles voulues par les associés⁵⁵⁸. L'acte du directeur financier qui n'entre pas dans l'objet social peut donc être frappé de nullité à la demande de la société, pour violation d'une disposition impérative de la loi⁵⁵⁹.

Il existe certains tempéraments à ce principe. L'acte conclu par le directeur financier en dehors de l'objet social peut être valide s'il avait préalablement reçu l'autorisation des associés statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les modifications statutaires, ou encore si l'acte irrégulier a été ratifié par les associés aux mêmes conditions.

Egalement, dans les sociétés à risques limités, les tiers disposent d'une protection maximale car « les actes de leur représentant social engagent la société, même s'ils sont

⁵⁵⁵ J. Pallusseau, *La société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Dalloz, 1967.p.162.

⁵⁵⁶ Y. Chaput, Rép.soc, v° Objet social.

⁵⁵⁷ Cass.com., 25 janv.2005, n°02-18.287, inédit, Juris-Data n°2005-026794, Dr. sociétés 2005, comm.71, note H. Hovasse.

⁵⁵⁸ Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome I, 12^{ème} éd. Economica,2003, n° 266

⁵⁵⁹ Art. 1844-10 al.3 Code civil et Art.L.235-1 al 2 pour les sociétés commerciales

étrangers à l'objet social⁵⁶⁰.

a-2) La conformité des actes juridiques à l'intérêt social

325. – Pour déterminer la validité d'un acte juridique, la jurisprudence apprécie si la conclusion de cet acte est conforme à l'intérêt social de la société. Préalablement à l'appréciation de la conformité de l'acte juridique à l'intérêt social, il convient de définir la notion d'intérêt social.

-La notion d'intérêt social

326. – La notion d'intérêt social⁵⁶¹ est une notion imprécise. Quelques articles dans le Code de commerce font référence à l'intérêt social⁵⁶² mais aucun ne définit véritablement cette notion. Face à cette absence de définition légale, certains auteurs ont tenté de le définir. Deux conceptions s'affrontent. Le premier courant définit la notion d'intérêt social comme l'intérêt des actionnaires, pour d'autres, il s'agit de l'intérêt de la personne morale.

La conception relative à l'intérêt des actionnaires⁵⁶³ trouve son fondement au sein de l'article 1832 du Code civil qui énonce que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Cette disposition légale instaure un objectif au contrat de société, celui de partager les bénéfices de la société. Egalement, l'article 1833 du Code civil précise que « *toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». Ce texte confirme que la société est constituée dans l'intérêt des associés qui se matérialise dans la recherche du plus grand profit. Par conséquent, selon cette conception l'intérêt de la société se

⁵⁶⁰ Art. L.228-18, L.225-35, L.22-56 et L.225-64 du Code de commerce

⁵⁶¹ J. Schapira, « L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes », *RTD com.* 1971, p. 957 ; A. Couret, « L'intérêt social », *JCP.E*, Cah. dr. entr., suppl. 1996, n° 4 ; S. Rousseau et I. Tchotourian, L'« intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 2009, p. 735 ; D. Poracchia et D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Rev. Soc.* 2012, p. 475

⁵⁶² Art.L.221-4 et L.223-18 du Code de commerce concernant les pouvoirs des gérants de SNC et de SARL ; Art.L.241-3, 4^{ème} et L.242-6, 3^{ème} relatifs au délit d'abus de biens et du crédit de la société.

⁵⁶³ D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP.E*.1995.pt.488.

traduit par l'intérêt collectif « abstrait » des associés⁵⁶⁴ et des actionnaires qui se manifeste par la recherche de la prospérité de l'entreprise pendant la durée de la société, prospérité dont découle celle du patrimoine social⁵⁶⁵.

D'autres auteurs affirment que l'intérêt social de la personne morale transcende les intérêts des associés. Ils définissent l'intérêt social « *comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome poursuivant ses fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »⁵⁶⁶. Cette conception « *s'inscrit donc dans la tradition française qui veut que la personne morale transcende les intérêts particuliers des actionnaires pour les fondre dans l'intérêt social* »⁵⁶⁷. Autrement dit, l'intérêt social correspond à l'intérêt commun des parties au contrat de société pris abstraitement mais il ne peut pas toujours correspondre à l'intérêt commun des actionnaires présents, puisque ces derniers êtres peuvent poursuivre une cause distincte de celle que la loi leur impose, c'est-à-dire la recherche de bénéfices pendant toute la durée de la société⁵⁶⁸.

Dans cette perceptive, lors de l'exercice de ses pouvoirs, le directeur financier ne peut pas effectuer des actes juridiques qui limitent ou hypothèquent la capacité de la société à prospérer⁵⁶⁹.

-La validité des actes juridiques au regard de l'intérêt social

327. – Il ne s'agit pas ici de constater la validité de chaque acte juridique conclu par le directeur financier mais de déterminer de manière générale si un acte juridique conclu par le directeur financier pourrait être déclaré invalide par la jurisprudence. Celle-ci s'est notamment prononcée sur cette question dans le domaine des sûretés. Elle semble dans un

⁵⁶⁴ D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Rev.soc.* 2012.475, pts.9.

⁵⁶⁵ D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », *Rev. dr. banc. Fin.*, 2004, p.14.

⁵⁶⁶ A.Tunc, « Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées », *Rev. inter.dr.comp.*, 1996, Vol 48, n°3, p.647-655.

⁵⁶⁷ M.A Couret. « L'intérêt social », *cah.dr.ent.* 1996-4.

⁵⁶⁸ – D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2012. 475.pts 9

⁵⁶⁹ D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », *Rev. dr. banc. Fin.*, 2004, p.14.

premier temps avoir admis qu'une sûreté contraire à l'intérêt social de la société ne pouvait engager celle-ci. A ce titre, la Haute juridiction affirme « *qu'une société est engagée par le cautionnement qu'elle a donné avec l'accord unanime de tous les associés, dès lors qu'il n'est pas allégué que la garantie est contre l'intérêt social* »⁵⁷⁰. La chambre commerciale a également admis « *que la sûreté donnée par la société doit pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés et être conforme à l'objet social* »⁵⁷¹.

Récemment, la jurisprudence a adopté une situation contraire. Elle considère que la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL à l'égard des tiers⁵⁷². Cela permet de préserver la sécurité des conventions.

b) Les conditions particulières

328. – Il s'agit de constater le contenu du pouvoir de représentation vis-à-vis des salariés (a-1) et vis-à-vis des tiers (a-2).

a-1) Le contenu du pouvoir de représentation vis-à-vis des salariés

329. – Au regard de son fondement, le pouvoir exercé par le directeur financier doit être distingué de celui exercé par l'organe dirigeant. Il ne s'agit pas d'un pouvoir patronal qui s'incarne dans une personne et s'exerce sur d'autres personnes, mais d'un pouvoir hiérarchique qui s'inscrit dans une organisation pyramidale⁵⁷³.

Cette distinction entre le pouvoir patronal et le pouvoir hiérarchique du directeur financier perdure dans son contenu. Même si le directeur financier exerce un pouvoir proche de celui de l'organe dirigeant, il s'en distingue sur plusieurs points. Le pouvoir de direction regroupe différentes prérogatives qui n'ont pas la même intensité selon que celui-ci est exercé

⁵⁷⁰ Cass.Com., 28 mars 2003, n°00-20.041, *bull.civ.*, n°46 ; C. Champaud, « Cautionnement par la société. Validité de l'engagement souscrit par le dirigeant. Autorisation préalable », *RTD.com*, 2003.739 ; D. Randoux, « Un cautionnement excédant l'objet social validé par une décision unanime des associés, *D.2003.975* ; Y. Guyon, Validation par une décision unanime des associés d'un cautionnement excédant l'objet social, *Rev. sociétés.2004.104*.

⁵⁷¹ Cass.Com., 8 nov.2011, n°10-24.438, inédit.

⁵⁷² Cass.com., 12 mai 2015, n°13-28.028, inédit.

⁵⁷³ D.Loschak, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr.soc.*1982, p.22.

par l'organe dirigeant ou par le directeur financier. Concernant le pouvoir d'organisation exercé par l'organe dirigeant, il s'agit d'un pouvoir général sur l'entreprise qui lui permet de déterminer les structures juridiques et techniques ainsi que les conditions d'exploitation⁵⁷⁴. Il a également le pouvoir de recruter le salarié, de déterminer ses fonctions, de l'évaluer et il peut être amené à le licencier.

Pareillement à l'organe dirigeant, le directeur financier, a un pouvoir d'organisation. Ce pouvoir au même titre que l'organe dirigeant, lui permet d'organiser la production et de maîtriser le travail des salariés. Ce pouvoir d'organisation doit être complété par un pouvoir de commandement qui se caractérise par la possibilité de donner des ordres aux salariés et de compléter le contrat de travail en déterminant précisément les tâches à accomplir. Il s'en distingue toutefois par son étendue. Le pouvoir d'organisation du directeur financier n'est pas un pouvoir général et il ne concerne pas l'ensemble de l'entreprise. L'étendue du pouvoir d'organisation du directeur financier est limitée à l'activité comptable et financière.

Le troisième pouvoir, est caractérisé par le pouvoir disciplinaire. Il complète les deux précédents. Il permet de sanctionner les manquements aux dispositions édictées par l'autorité hiérarchique et la non-exécution des ordres reçus. Ce pouvoir se matérialise par la possibilité de donner des blâmes, des mises à pied et parfois par de licencier le salarié. Le pouvoir du directeur financier, contrairement à celui de l'organe dirigeant peut être limité dans son contenu.. Contrairement à l'organe dirigeant, le directeur financier n'a pas un pouvoir de direction concernant l'administration générale de la société. Le pouvoir de direction du directeur financier est limité à la gestion de l'activité financière.

a-2) Le contenu du pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers

330. – Le pouvoir du directeur financier d'engager la société vis-à-vis des tiers doit être distingué du pouvoir général de représentation de l'organe dirigeant. L'étendue du pouvoir du directeur financier est limitée à l'activité financière de la société. Contrairement à l'organe dirigeant il ne dispose pas d'un pouvoir général de représentation concernant l'administration générale de la société. Ce pouvoir de représentation peut être général, spécial, ou expresse. Sa qualification dépend de la nature des actes juridiques conclus. Il est en général conçu en terme généraux c'est-à-dire qu'il n'est pas précis quant à la volonté du mandant et donc quant à la nature des actes que le directeur financier a le pouvoir

⁵⁷⁴ D.Loachak, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », Dr.soc., 198, p.22.

d'accomplir. Dans ces circonstances, le directeur financier a les pouvoirs d'effectuer tous les actes nécessaires à la gestion financière à savoir, la gestion fiscale, bancaire ou des actes relatifs à la communication de la situation financière.

Ce pouvoir de représentation du directeur financier peut être spécial notamment lorsque le directeur financier intervient vis-à-vis des banques, des impôts ou des associés car il est limité au domaine financier et comptable. Le directeur financier ne pourra engager la société vis-à-vis les tiers que pour des actes juridiques qui concernent les finances et la comptabilité. Cela peut se manifester par exemple par les déclarations fiscales auprès l'administration fiscale. Ce pouvoir est étendu à des domaines extra-financiers lorsque le directeur financier exécute des obligations plus modernes.

Ce pouvoir de représentation peut être précis. Il s'agit pour l'organe dirigeant de préciser dans le contrat les conditions d'intervention du directeur financier. Il peut par exemple limiter le pouvoir de représentation à la conclusion d'un contrat précis dans un contexte particulier pour un montant limité.

2) Les conditions de forme

331. – Le pouvoir de représentation n'a pas à revêtir de forme particulière. A titre d'exemple, la Cour de cassation affirme de jurisprudence constante, que le pouvoir de licenciement consentie par le chef d'entreprise à un subordonné n'a pas à être constaté par écrit⁵⁷⁵. A ce titre, elle n'hésite pas à casser la décision de la Cour d'appel qui affirmait « *que le licenciement litigieux était sans cause réelle et sérieuse au motif que la délégation de pouvoir dont bénéficiait le salarié ayant procédé au licenciement du salarié n'avait pas été annexé à la lettre de licenciement* ». Cette décision est justifiée par la théorie du mandat apparent. Si l'employeur n'a pas contesté être lié par les actes accomplis en son nom par la personne, qui dans le cadre de ses fonctions, a procédé au licenciement, il a implicitement ratifié ce licenciement et il n'appartient pas au travailleur licencié d'exiger une preuve de la délégation de pouvoir dont bénéficie l'auteur de licenciement⁵⁷⁶.

Egalement, la jurisprudence a précisé que le pouvoir de licenciement n'était pas soumis à une exigence de publicité. La question s'est notamment posée dans le cadre des sociétés par

⁵⁷⁵ Cass.soc., 6 juil. 2004, RJS, 11/04, n°1127.

⁵⁷⁶ J. Sabatier, « Licenciement, délégation de pouvoirs de licenciement, Forme écrite non nécessaire, appartenance du mandataire à l'entreprise, application dans un groupe de société », Dr. soc. 2005, p. 675 ;

actions. La Cour d'appel de Toulouse, au sein d'une décision isolée, énonçait que le licenciement prononcé par un directeur technique de la société était nul au motif que seul le président de la société par actions simplifiée ou son délégataire que désignent les statuts de cette société, est habilité à accomplir un tel acte. La Cour de cassation a refusé de confirmer cette décision. Se basant sur une jurisprudence constante, elle a affirmé que « *la dévolution de simples prérogatives à des fins fonctionnelles n'entre pas dans le champ des règles de publication qui entoure l'organisation des pouvoirs au sein de la société par actions simplifiées* »⁵⁷⁷. Un auteur a approuvé cette décision. Il précise que le délégataire du pouvoir de licencier ne fait que prolonger la personne du représentant légal de la société par actions simplifiée. L'autonomie technique dont il jouit, dans l'exercice de sa mission, est celle d'un simple subordonné et n'est en rien comparable avec l'indépendance qui fonde l'action du mandataire. La publicité de sa nomination n'est donc pas nécessaire »⁵⁷⁸. Par cette précision, Monsieur Duquesne distingue le directeur financier de l'organe dirigeant. Le directeur financier ne fait que prolonger la personne du représentant, son indépendance est limitée, par conséquent, il est déduit que le pouvoir de licencier octroyé au directeur financier ne comporte pas d'obligation de forme particulière.

Certaines conditions de forme sont toutefois précisées dans les sociétés de capitaux concernant les actes de cautionnement, aval et garantie. L'efficacité de la représentation concernant les cautions, avals et garanties est soumise à des conditions spéciales notamment dans les sociétés par actions. Le pouvoir de conclure de tels actes exige une autorisation du conseil d'administration. L'article R.225-28 al.1^{er} du Code de commerce énonce « *le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant qu'il fixe, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel la caution, l'aval ou la garantie de la société ne peuvent être donnés. Lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du conseil d'administration est requise dans chaque cas* ».

Le directeur général peut déléguer le pouvoir de conclure des cautions, avals et garanties à un directeur financier. Toutefois la preuve de la délégation doit être rapportée, à

⁵⁷⁷ Solution confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation, 19 nov.2010, n°10-10-055, inédit.; A. Cœur, F. Duquesne, « La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », *JCP.E*, 2011, p. 1397.

⁵⁷⁸ F. Duquesne, société par actions simplifiées, représentants légaux, Possibilité de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés, licenciement, Ecrit non nécessaire, délégation découlant des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement, *Dr. soc.*, 2011, p.1001.

défaut l'acte de caution souscrit au nom de la société n'est pas valide⁵⁷⁹. Dans une affaire, le procès-verbal du conseil d'administration attestait que le président avait été autorisé à consentir des engagements de caution et que ce dernier avait expressément délégué ce pouvoir au directeur général mais ne contenait pas de subdélégation en faveur du délégataire. Cet arrêt affirme qu'une subdélégation de pouvoir du président au salarié n'est possible que si elle est mentionnée expressément au sein de l'autorisation. Par conséquent, l'efficacité de la représentation du directeur financier dans le domaine du cautionnement, aval et garantie est admise à condition de la mention de la délégation de pouvoirs au sein de l'autorisation du conseil d'administration.

II) Les effets de l'exercice des pouvoirs

332. – L'exercice des pouvoirs par le directeur financier⁵⁸⁰ se traduit par un engagement du représenté par les actes accomplis par le directeur financier dans la limite de ses pouvoirs⁵⁸¹. Lorsque la représentation est efficace, c'est donc le représenté qui est engagé de plein, par le lien de droit établi par le représentant⁵⁸². Il convient de s'interroger sur l'efficacité de la représentation lorsque le directeur financier conclut des actes juridiques alors qu'il n'est pas titulaire des pouvoirs appropriés.

L'imputation dérogatoire n'est possible que si le directeur financier avait le pouvoir d'accomplir l'acte. Il doit disposer du pouvoir du représenté⁵⁸³. Lorsque le directeur financier dépasse le pouvoir attribué, la sanction doit être la nullité⁵⁸⁴. Ce point est très discuté par la doctrine. Certains auteurs rejettent la nullité et affirment qu'il s'agirait plutôt d'une inopposabilité au tiers. En ce sens, Monsieur Storck affirme « *il faut considérer, en raison de l'absence de cause générale de nullité, que le vice de défaut de pouvoir porte atteinte, non à la validité de l'acte mais à l'étendue de ses effets* ». Selon cette conception, l'acte n'est pas nul, toutefois, l'auteur de l'acte n'ayant pas le pouvoir d'engager la personne pour le compte de qui il prétend intervenir, les effets de l'acte sont inopposables à cette personne. La sanction devrait donc être l'inopposabilité et non la nullité. Cet acte peut toutefois produire ces effets s'il est ratifié par l'organe dirigeant.

⁵⁷⁹ CA, Paris, 14 avr. 1999, *RJDA*.1999, n°945

⁵⁸⁰ N. Mathey, *Rep.civ.*, v° Représentation .

⁵⁸¹ Art.1998 du Code civil.

⁵⁸² M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, éd LGDJ, 1998, n°306-320

⁵⁸³ V. F. Terré, Ph. SIMLER, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 177

⁵⁸⁴ Cass.crim., 28 mars 2006, n°04-19-179, inédit.

Le directeur financier peut également être amené à détourner le pouvoir. Le détournement de pouvoir se caractérise lorsque les mobiles du directeur financier sont étrangers à la mission qui lui a été confiée. Le directeur financier agit dans la limite de ses pouvoirs mais il les utilise à une fin différente de celle convenue ou prévue par la loi⁵⁸⁵. Pareillement au dépassement de pouvoirs, la sanction du détournement de pouvoirs est activement discutée par la doctrine. Certains auteurs affirment que la sanction doit être la même que celle appliquée au dépassement de pouvoirs⁵⁸⁶, c'est à dire soit la nullité ou l'opposabilité selon les auteurs. D'autres soutiennent que l'acte devrait engager le représenté car le directeur financier agit dans la limite de ses pouvoirs, sous réserve de la responsabilité du représentant. Si toutefois l'acte comporte un vice notamment une fraude, l'acte doit être déclaré nul ou inopposable.

Le projet de réforme du droit des obligations précise les effets du dépassement et du détournement du pouvoir. Selon le projet de réforme, « *l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposables au représenté, sauf si le tiers contractant légitimement cru en la réalité des pouvoirs de représentant, en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.*

Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

⁵⁸⁵ N. Mathey, Rep.civ., v° Représentation .

⁵⁸⁶ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, éd.LGDJ, 2001, pts.738.

Section II L'attribution des pouvoirs

333. – Le directeur financier n'est pas le titulaire initial des pouvoirs, ils appartiennent en premier lieu à l'organe dirigeant. Certains de ces pouvoirs doivent être transférés par le biais d'une délégation des pouvoirs de l'organe dirigeant vers le directeur financier.

Il convient de s'interroger sur la validité du mécanisme (**paragraphe I**) et sur la compatibilité de la délégation de pouvoirs et des fonctions du directeur financier (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Une délégation de pouvoirs valide

334. –La validité de la délégation de pouvoir n'exige pas qu'elle soit explicite, elle peut être déduite de la nature des fonctions du directeur financier (I).

La mise en place d'un tel mécanisme exige le respect par le directeur financier de certains critères (II).

I Le fondement de la délégation de pouvoirs

335. –En principe la délégation de pouvoirs de se présume pas. Il existe une exception au principe, qui permet de déduire de la nature des fonctions du délégataire, une délégation de pouvoirs. Il s'agit ici de déterminer si une délégation de pouvoir peut être déduite de la nature des fonctions du directeur financier.

336. –La jurisprudence a retenu une délégation de pouvoir implicite à l'égard de certains cadres, qui de par la nature de leur emploi, sont investis d'importantes responsabilités. Ainsi dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁸⁷ la responsabilité du directeur salarié était recherchée pour avoir omis de soumettre les ouvriers embauchés par la SARL à la visite médicale. Le directeur a contesté cette mise en cause au motif qu'il est de principe que l'employeur à savoir le gérant de la société doit répondre

⁵⁸⁷ Cass.crim, 11janv.1972, n°71-91.931, *bull.civ*, n°14.

personnellement du non-respect des prescriptions qui régissent l'hygiène et la sécurité du travail. Les juges du fond ont constaté la responsabilité du directeur sur le fondement d'une délégation implicite. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation à de nombreuses reprises⁵⁸⁸. Par cette décision, la chambre criminelle de la Cour de cassation, a affirmé la déduction d'une délégation implicite de la nature des fonctions du cadre dirigeant. Cette solution est transposable au directeur financier car il exerce au sein de l'entreprise des fonctions de direction qui impliquent un commandement, un contrôle et parfois une sanction du salarié.

Par conséquent, la délégation de pouvoirs relative au directeur financier, dans l'hypothèse où elle n'est pas expressément prévue au contrat peut être est déduite de la nature de ses fonctions sur le fondement de l'article 1135 du Code civil.

II) Les conditions de la délégation de pouvoirs

337. – La délégation de pouvoirs est exonératoire de responsabilité pour le dirigeant lorsque le délégataire remplit les conditions élaborées par la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, le salarié doit avoir la compétence, l'autorité et les moyens requis pour exercer effectivement les pouvoirs délégués⁵⁸⁹. Ces critères de validité appliqués au directeur financier exigent qu'il soit pourvu de la compétence (A), de l'autorité (B) et des moyens nécessaires (C).

A) La compétence spécifique du directeur financier

338. –Il convient de déterminer quelles sont les compétences nécessaires au directeur financier et comment elles sont appréciées par la jurisprudence.

La compétence s'apprécie par égard à la nature de l'obligation transférée. Certains auteurs affirment « *que la compétence n'est donc pas la recherche d'un savoir-faire, mais suppose des connaissances techniques et/ou juridiques permettant au délégataire d'assurer ses prérogatives en faisant respecter l'obligation générale légale de surveillance dont il est devenu débiteur au sein de l'entreprise* »⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Cass.crim., 28 févr. 2002, n°00-41.220, *bull.civ.*n°82 ; Cass. Crim., 2 mars 1999, n°98-80.302, note sous arrêt, Jurisprudence sociale Lamy, 1991, n°38, M.Hautefort, « La délégation de pouvoirs est implicite pour les cadres dirigeants ».

⁵⁸⁹ Cass.crim., 29 mai 1990, n°89-84.177, *RJS*, 8-9/1990.

⁵⁹⁰ M.Giacopelli-Mori, « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. Crim.*, 2000, p.542.

Le domaine de la compétence exigée par le directeur financier traditionnel doit être distingué de celui du directeur financier moderne. En effet, les pouvoirs délégués au directeur financier traditionnel sont limités au domaine comptable alors qu'ils sont étendus à un domaine extracomptable pour le directeur financier moderne. Cette distinction entre les obligations des directeurs financiers traditionnels et modernes exigent des compétences distinctes lors de leur exécution.

Concernant la compétence du directeur financier traditionnel les délégations pour être valides, exigent que le directeur financier ait la compétence nécessaire à l'exécution de ses pouvoirs cela suppose un degré suffisant de connaissances techniques et juridiques⁵⁹¹. Le niveau d'expertise exigé par le directeur financier est conséquent. Les obligations déléguées nécessitent du directeur financier des compétences financières et comptables élevées. Il ne doit pas se contenter d'être en mesure de produire des comptes annuels comme le ferait un simple comptable. Il doit être en mesure d'apprécier la sincérité des comptes annuels et de superviser le travail des salariés. Ce critère de compétence est déduit de la nature des fonctions du directeur financier traditionnel. De par ses connaissances et ses expériences, le directeur financier est considéré comme un spécialiste financier et comptable. Sa formation professionnelle lui permet d'avoir des connaissances conséquentes dans les domaines comptables et financiers.

La compétence technique n'est pas le seul critère nécessaire à la validité de la délégation de pouvoirs. En effet, la Cour de cassation précise « *l'intéressé qui a le niveau de qualification technique exigée ne doit pas seulement avoir la compétence technique nécessaire pour exercer l'activité confiée dans le cadre de la délégation de pouvoir, encore convient-il qu'il soit apte à assurer le respect de la réglementation relative à l'activité visée* »⁵⁹².

Selon les critères établis par la Cour de cassation, le directeur financier doit être capable de superviser l'exécution des obligations financières et comptables. L'obligation de supervision suppose que le directeur financier ait une certaine expérience pour diriger les autres collaborateurs et imposer des directives.

S'il est évident que le directeur financier traditionnel a les compétences nécessaires pour exécuter les pouvoirs délégués, ce n'est pas forcément le cas du directeur financier moderne. En effet, le directeur financier moderne bénéficie de délégations de pouvoirs dans

⁵⁹¹ Cass.crim, 30 mars 1989, n°89-87.460, inédit.

⁵⁹² Cass.crim, 25 juil. 1991, n°90-85.362, inédit.

des domaines extracomptables, dans lesquels il n'a pas forcément de compétence, ni de connaissance. Seule une détermination des compétences du directeur financier in concerto par les juges du fond, particulièrement en fonction de sa qualification et de son expérience professionnelle, mais également au regard du contenu de la mission qui lui a été confiée, permettra de constater la compétence du directeur financier⁵⁹³.

B L'autorité hiérarchique du directeur financier

339. –Ce pouvoir est nécessaire au directeur financier pour faire appliquer au sein de son service les diverses obligations légales comptables et financières.

Afin de pouvoir exécuter ses fonctions le directeur financier doit pouvoir donner des ordres au nom et pour le compte de l'organe dirigeant. Les juges ont précisé que le délégataire doit avoir l'autorité hiérarchique nécessaire pour ordonner, décider, contrôler l'exécution et sanctionner les fautes commises dans l'accomplissement de la délégation des pouvoirs. Le directeur financier n'est pas un simple exécutant, une part de l'autorité de l'organe dirigeant lui est octroyée afin de pouvoir exécuter ses fonctions. Sa situation de cadre ou de cadre dirigeant au sein de l'entreprise va sous-entendre qu'il a l'autorité requise pour assurer pleinement la délégation de pouvoirs.

Cette autorité doit être effective, pour cela, elle doit être accompagnée d'une autonomie suffisante dans la prise de décisions, sans avoir à en référer préalablement au délégant.

C Les moyens nécessaires à l'exécution de la fonction

340. –Ces moyens doivent être suffisants pour permettre au délégataire de mettre en œuvre la délégation de pouvoirs. Ils doivent correspondre à l'objet et à l'importance de la délégation. Ils relèvent généralement de quatre ordres : juridique, technique, financier et humain.

Le directeur financier doit être doté de moyens juridiques. Ce critère est important pour le directeur financier, car il est quotidiennement en relation avec les partenaires de l'entreprise, à savoir, les banques, les assurances, le Trésor public. Le directeur financier doit pouvoir conclure des actes juridiques au nom et pour le compte de l'organe dirigeant, notamment auprès des banques lorsqu'il va conclure un contrat de prêt.

⁵⁹³ Cass.crim, 5 févr. 2002, n°01-81.470, inédit.

L'organe dirigeant doit mettre à la charge du directeur financier, les moyens techniques nécessaires à l'exécution de sa mission. La gestion du service administratif et financier nécessite des moyens techniques spécifiques. En effet, la gestion de la finance et de la comptabilité suppose la mise en place de logiciels performants et efficaces. L'importance des logiciels est primordiale dans cette fonction. Un logiciel peu performant va entraîner des erreurs dans le traitement de l'information comptable. Ces erreurs et ces irrégularités vont avoir des conséquences importantes sur le respect des obligations légales par la société.

Le directeur financier doit également avoir des moyens financiers pour faire fonctionner son service. Les moyens financiers sont assez conséquents, cela comprend, le salaire des salariés, les logiciels, l'équipement informatique. Ce critère ne doit également pas être négligé car une absence de moyens financiers peut entraîner des erreurs comptables et financières lourdes de conséquences pour la société.

Le directeur financier doit disposer également de moyens humains. Les salariés composant l'équipe financière du directeur financier doivent être proportionnels à la charge de travail et qualifiés dans le domaine comptable et financier.

Paragraphe II La compatibilité de la délégation de pouvoir et du statut du directeur financier

341. – Il convient d'analyser si la délégation de pouvoirs est compatible avec le contrat de travail (I) et les fonctions du directeur financier (II).

I La comptabilité de la délégation de pouvoirs et du contrat de travail

342. – La délégation de pouvoirs induit une représentation. Le directeur financier accomplit au nom et pour le compte de l'organe dirigeant un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté. L'accomplissement de l'acte juridique n'est possible que s'il dispose d'un certain degré d'autonomie exercée par le biais d'un pouvoir de représenter la société vis-à-vis des tiers et vis-à-vis des salariés.

A priori, ce mécanisme n'est pas compatible avec la fonction du directeur financier. En effet l'essence de la fonction du directeur financier exige un lien de subordination et l'intégration au sein d'un service intégré. Il ne peut donc exercer des pouvoirs de manière autonome.

Néanmoins, le mécanisme du mandat n'est pas incompatible avec le statut salarié du directeur financier. En effet, il y a un cumul possible des qualités d'une part du mandat et du commettant et donc du mandataire et du préposé. Le contrat de travail n'exclut pas le mandat, ni la représentation. L'organe dirigeant peut donc accorder certains pouvoirs par le mécanisme du mandat au directeur financier, à la seule condition que le mandat ne soit pas l'objet principal du contrat liant le directeur financier et l'organe dirigeant. Le choix de recourir au mécanisme doit être ponctuel au risque de voir le contrat de travail requalifié en contrat de mandat. L'organe dirigeant peut utiliser notamment le mécanisme du mandat pour conclure des contrats ou représenter la société à l'égard des partenaires de l'entreprise.

II La comptabilité de la délégation de pouvoirs et des fonctions du directeur financier

343. – Le mécanisme de la délégation de pouvoirs est adapté au statut du directeur financier (A). Toutefois, la représentation qui en découle limite l'autonomie nécessaire à ses fonctions (B).

A) Les aspects de la délégation de pouvoir compatible avec le statut du directeur financier

344. – Le mécanisme de la délégation de pouvoirs est compatible la fonction du directeur financier. La fonction de directeur financier découle d'une organisation du pouvoir au sein de l'entreprise afin de faire face aux développements de nouvelles technologies, d'information et de communication. Cette décentralisation du pouvoir a permis de créer des directeurs titulaires de pouvoirs bénéficiant d'un degré d'autonomie conséquent au sein de l'entreprise leur permettant d'organiser librement leurs fonctions.

Par conséquent, la délégation de pouvoir est adaptée aux fonctions du directeur financier car elle lui permet d'exercer ses fonctions de directeur. Sans l'attribution de ces pouvoirs, il ne pourrait être qualifié de directeur financier.

De même, la délégation de pouvoirs est adaptée aux compétences du directeur financier. Le directeur financier est un salarié hautement qualifié. Son expertise induit une autonomie matérialisée par un pouvoir de direction. La délégation de pouvoir justifie les compétences du directeur financier et permet d'optimiser son expertise par une gestion autonome et efficace.

B) Les aspects de la délégation de pouvoir incompatible avec les fonctions du directeur financier

345. – Il s'agit ici de s'interroger sur la compatibilité de la fonction du directeur financier et de l'autonomie liée à la fonction de représentation.

L'autonomie liée à la fonction de la représentation est limitée car il va agir pour le compte et au nom du mandat. Cette fonction intrinsèque à la représentation limite sa liberté car il agit dans le cadre de la représentation. Il n'agit pas pour son propre compte mais pour le compte de la société. Cette fonction de représentation lui impose de respecter les conditions auxquels serait soumis l'organe dirigeant s'il exécutait les obligations de délégation. Il s'agit notamment de conclure des actes juridiques dans l'intérêt de la société. Egalement ce principe de représentation impose au directeur financier de suivre les instructions de l'organe dirigeant. Même s'il bénéficie de certains pouvoirs lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier doit suivre la politique financière adoptée par le pôle exécutif. Par conséquent, il peut parfois manquer d'objectivité alors qu'il s'agit d'une qualité indispensable à l'exécution de ses fonctions. L'objectivité du directeur financier lui permet de prendre les décisions qui s'imposent conformément aux dispositions légales et à l'intérêt l'entreprise. Cette objectivité est affaiblie lorsqu'il est contraint de mettre en œuvre la politique financière décidée par les organes dirigeants.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

346. –L'exercice des fonctions du directeur financier exige une fonction de représentation. Elle se manifeste par l'exécution d'actes juridiques. Le directeur financier accomplit des actes juridiques internes et externes à l'entreprise qui sont, selon leur nature, essentiels ou accessoires à la fonction du directeur financier. L'accomplissement de ces actes juridiques suppose l'attribution de pouvoirs au directeur financier. Le directeur financier doit pouvoir représenter la société vis-à-vis des salariés et vis-à-vis des tiers, au même titre que l'organe dirigeant. Toutefois, le pouvoir de représentation exercé par le directeur financier se distingue de celui de l'organe dirigeant par son contenu et son étendue. L'attribution de ces pouvoirs au directeur financier exige une délégation de pouvoirs valide, de l'organe dirigeant vers le directeur financier.

CONCLUSION DU TITRE I

347. –Le contrat de travail est adapté aux fonctions du directeur financier. Les aménagements du contrat de travail et notamment l'altération du lien de subordination permettent au directeur financier de bénéficier du degré d'autonomie exigé pour exercer efficacement et objectivement ses fonctions. Grâce à l'existence du statut de cadre ou encore de cadre-dirigeant, le contrat de travail adapte le lien de subordination en fonction du degré d'autonomie exigé par le directeur financier. Selon l'existence ou l'absence de participation du directeur financier à la direction de l'entreprise, il sera qualifié de cadre ou de cadre-dirigeant, bénéficiant ainsi d'un degré de liberté adapté à ses fonctions.

Cette liberté octroyée au directeur financier lui impose une obligation de loyauté renforcée. Cette obligation est déduite de la nature de ses fonctions qui le placent au plus haut de la hiérarchie, aux côtés de l'organe dirigeant. La loyauté renforcée concerne trois obligations primordiales afin de protéger la pérennité de l'entreprise. Il s'agit de l'obligation de confidentialité, de réserve et de fidélité. L'absence de définition légale de ces obligations a été complétée par les décisions jurisprudentielles. Les magistrats ont imposé des obligations de loyauté renforcée au directeur financier compte tenu de ses fonctions. Le renforcement des ces obligations a été parfois temporisé pour préserver les droits du directeur financier.

Par ailleurs, le contrat de travail est adapté aux fonctions du directeur financier car il peut être complété par une délégation de pouvoirs afin de conférer les pouvoirs exigés par l'exécution de la fonction de direction financière. Compte tenu de ses fonctions de directeur de l'activité financière, le directeur financier est amené à représenter la société à l'intérieur de l'entreprise elle-même mais aussi à l'égard des tiers. Il accomplit divers actes juridiques dont la gravité varie en fonction de leur nature. L'efficacité de ces actes juridiques exige le respect de certaines conditions de forme et de fond.

L'exercice de cette fonction de représentation n'est possible que lorsque le contrat de travail est complété par le biais d'une délégation de pouvoirs implicite ou explicite. Ce pouvoir de représentation délégué au directeur financier comporte plusieurs similitudes avec celui de l'organe dirigeant, il s'en distingue toutefois par son contenu et son étendue.

Titre II La responsabilité du directeur financier

348. –Les récents scandales financiers concernant des faits de manipulation comptable ont mis en lumière l'importance du rôle joué par le directeur financier lors de la commission de l'incrimination. Véritable expert de la comptabilité, les compétences du directeur financier lui permettent d'imaginer et de mettre en œuvre toutes sortes de malversations comptables destinées à dissimuler la véritable situation financière de la société. Ces malversations se concentrent autour de l'information financière de la société destinée à renseigner les partenaires de la société concernant sa performance. L'intérêt de ces malversations est de convaincre les bénéficiaires de l'information que la rentabilité de l'entreprise est satisfaisante. Cela permet de créer une situation de confiance entre la société et les partenaires de la société. Il va donc aider l'organe dirigeant à falsifier les résultats comptables afin de donner une image positive de la société. Cette comptabilité créative qui n'est pas en soit irrégulière, le devient lorsqu'il s'agit de modifier frauduleusement la situation financière (**Chapitre I**).

La jurisprudence a pris conscience de l'importance de la participation du directeur financier à la commission de l'infraction. Cela s'est traduit par la mise en cause de celui-ci aux côtés de l'organe dirigeant (**Chapitre II**).

Chapitre I Le domaine de la responsabilité

349. – Les fonctions du directeur financier ont mué vers des fonctions extracomptables proches de celles de l'organe dirigeant. L'objectif de ce chapitre est de démontrer que l'étendue des obligations du directeur financier à des domaines extracomptables a produit des effets sur sa responsabilité pénale.

Il s'agit notamment d'affirmer que le domaine de la responsabilité pénale n'est plus limité au délit comptable (**Section I**), la responsabilité du directeur financier peut être recherchée également concernant des délits boursiers (**section II**).

Section I Un domaine limité aux incriminations comptables

350. – Lors de l'élaboration comptable, le directeur financier peut être amené à commettre certaines irrégularités (**Paragraphe I**) et malversations (**Paragraphe II**). Le droit pénal permet d'encadrer le comportement du directeur financier et de le sanctionner dès que celui-ci ne respecte pas les dispositions légales.

Paragraphe I Les irrégularités comptables

351. – La fraude comptable consiste à utiliser des techniques de gestion des informations comptables sans respecter les dispositions légales. Le directeur financier va

détourner ces techniques de gestion afin de commettre des fraudes lors de l'enregistrement (I) et lors de l'élaboration des comptes (II).

I Les irrégularités comptables lors de l'enregistrement

352. – Tout enregistrement comptable doit préciser l'origine, le contenu et l'imputation de chaque donnée, ainsi que la référence de la pièce justificative qui l'appuie à savoir, les factures, chèques, lettre de change...etc.⁵⁹⁴ Lors de cet enregistrement, le directeur financier peut omettre de passer des écritures ou passer des écritures inexactes ou fictives. Ces irrégularités concernent notamment les pièces justificatives. Elles se traduisent par une modification des documents existants. Le directeur financier va par exemple modifier le chiffre mentionné par une facture. Il peut également créer de fausses pièces justificatives en falsifiant des bons de commande afin d'accroître ou de diminuer le chiffre d'affaires. Ces irrégularités se traduisent également par des omissions c'est-à-dire que le directeur financier ne va pas enregistrer une pièce justificative qui doit normalement l'être. Elles ont souvent pour objectif de diminuer l'assiette imposable pour se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement de l'impôt. Concernant les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, la diminution de l'assiette imposable consiste pour le directeur financier à diminuer artificiellement le montant du résultat imposable. Pour ces sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, le bénéfice imposable s'entend du bénéfice net déterminé à partir des opérations de toute nature réalisées au cours de chaque exercice ou période d'imposition⁵⁹⁵. Le bénéfice net est déterminé par la différence entre les produits et les charges. Afin de diminuer ce bénéfice net et donc l'assiette imposable le directeur financier va utiliser des techniques comptables lui permettant de diminuer les produits et augmenter les charges. Cela se traduit par exemple par le fait pour le directeur financier d'omettre ou de passer des écritures inexactes afin de minorer le montant des ventes⁵⁹⁶, ou lorsqu'il va inclure dans les frais généraux de dépenses correspondant au prix d'acquisition d'un élément d'actif immobilisé⁵⁹⁷.

353. – Un tel comportement est sanctionné sur le fondement du délit d'omission de passation d'écritures inexactes ou fictives envisagé par l'article 1743, 1^o du Code général des impôts. Cet article applique les peines prévues au sein de l'article 1741 du Code général des

⁵⁹⁴ Décret n°82-1020 du 29 nov.1983, relatif aux obligations comptables des commerçants, JO, 1^{er} décembre 1983 p.3461.

⁵⁹⁵ Art. 209, I al.1 du Code Général des Impôts ; F.Lefebvre, *Mémento impôt sur les sociétés 2013-2014*, n° 5000

⁵⁹⁶ Cass.crim., 24 févr. 1977, *Bull.crim.* n°77.

⁵⁹⁷ Cass. Crim, 5 févr. 1979, *Bull.crim.*, n°48

impôts « *quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal prévu par articles L123-12 à L123-14 du Code de commerce ou dans les documents qui en tiennent lieu* ».

Ces dispositions sont mises en œuvre à l'encontre des auteurs d'omission ou de passation d'écritures inexactes ou fictives qui se sont rendus coupable du délit de fraude fiscale. Dans ce cas, le délit sera constitué si l'irrégularité résulte, non pas d'une erreur, mais de la volonté de son auteur et s'il n'ignorait pas les conséquences fiscales de son irrégularité⁵⁹⁸. Cette sanction s'applique au contribuable c'est-à-dire à la société et à son représentant. Le directeur financier dont la fonction principale est l'élaboration des comptes peut voir sa responsabilité engagée sur ce fondement.

II Les irrégularités comptables contenues dans les comptes annuels

354. –Les irrégularités concernent les omissions (A) de certaines dispositions légales ainsi que la dissimulation de la situation financière de la société (B).

A Les omissions

355. –Les omissions consistent pour le directeur financier à ne pas exécuter l'une de ses obligations comptables. Il ne s'agit pas ici de lister l'ensemble des omissions mais d'analyser deux catégories d'omissions à savoir le défaut d'établissement des comptes sociaux (1), ainsi que le défaut de communication des comptes sociaux au greffe du Tribunal de commerce (2).

1) Le défaut d'établissement des comptes sociaux

356. –Le directeur financier a pour obligation d'établir les comptes sociaux pour chaque exercice. Ces comptes se définissent comme un état périodique présentant la situation et les résultats de l'entreprise comprenant au moins le bilan⁵⁹⁹, le compte de résultats⁶⁰⁰ et l'annexe⁶⁰¹. Egalement, il doit établir un rapport de gestion qui énonce entre autres, la situation de la société, les principaux événements qui sont intervenus au cours de l'exercice,

⁵⁹⁸ M. Delhomme, Y. Muller, *Comptabilité et droit pénal*, éd Lexis Nexis, 2009, pts.506.

⁵⁹⁹ Art.L123-13, alinéa 1 du Code de commerce.

⁶⁰⁰ Art..L.123-13, alinéa 2 du Code de commerce.

⁶⁰¹ Art.L.222-1 du Code de commerce.

les événements envisagés pour l'exercice à venir, ainsi que les événements importants survenus depuis la date de clôture de l'exercice⁶⁰².

L'omission des comptes annuels est punie, selon la forme sociale de la société par les articles L.241-4, L.242-8 et L.247-1, II du Code de commerce. Les textes ne visent pas le directeur financier comme responsable de l'omission. Sont visés par le texte comme auteurs de l'infraction, les présidents, les administrateurs, les directeurs généraux, les membres du directoire ou les membres du conseil. Néanmoins, la jurisprudence précise que « *toute personne ayant participé à la réalisation du délit peut être retenue comme complice* »⁶⁰³. Par conséquent, la responsabilité du directeur financier pourra être engagée sur le fondement du délit d'omission d'établissement des comptes sociaux notamment s'il a assisté ou participé à la commission de l'infraction.

2) Le défaut de communication des comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce.

357. –Une fois élaborés, les comptes sociaux doivent être communiqués au greffe du Tribunal de commerce. Le défaut de communication des comptes sociaux au greffe du Tribunal du commerce est sanctionné par l'article L.246-1 du Code de commerce. Cet article ne vise en 1^{er} lieu que les dirigeants de la société comme auteur de l'infraction. Néanmoins, il est envisageable que la responsabilité du directeur financier soit recherchée sur le fondement de la complicité ou comme auteurs s'il a bénéficié d'une délégation de pouvoirs.

B Les dissimulations

358. –Les comptes annuels ont pour objectif de présenter la situation financière de la société. Ils jouent un rôle déterminant pour la société auprès des partenaires actuels et potentiels. En effet, les établissements de crédit vont se baser sur les comptes annuels pour octroyer des financements à la société, également, les actuels et potentiels associés ou actionnaires de la société vont investir au sein de la société en fonction de la situation comptable présentée par les comptes annuels.

⁶⁰² Art.L.222-1 du Code de commerce.

⁶⁰³ Cass.crim., 9 nov. 1992, n°92-81.954, *Bull.Crim.*, n°364 ; B.Bouloc, « La complicité dans la présentation des comptes annuels inexacts », *rev. sociétés*.1993.429 ; P. Bouzat, « Société. Sociétés par actions, Sociétés anonyme, Présentation de comptes annuels inexacts, Complicité, *RTD.com*.1993.725.

Les enjeux autour des comptes annuels sont importants, par conséquent, il est compréhensible que le directeur financier et l'organe dirigeant souhaitent présenter la situation de la société sous le meilleur angle possible. Pour ce faire, ils élaborent des montages juridiques et financiers.

Toutefois cela ne doit pas les conduire à dissimuler la véritable situation financière (1) notamment lorsque celle-ci doit faire face à de graves difficultés financières (2).

1 La dissimulation de la situation financière de la société

359. –Grâce à des techniques comptables, le directeur financier va dissimuler la véritable situation de la société (a). Le législateur a mis en place des dispositions légales permettant de sanctionner de tels agissements (b).

a) L'élaboration de comptes annuels infidèles

360. –Lors de l'élaboration des comptes, le directeur financier va utiliser différentes techniques qui vont permettre d'améliorer la situation de la société. Les comptes annuels sont donc inexacts c'est-à-dire qu'ils ne reflètent pas la véritable situation financière de la société. Il convient de constater la nature de ces irrégularités (a-1), puis les moyens de gestion utilisés par le directeur financier pour les commettre (a-2).

a-1 La nature des irrégularités

361. –Il existe trois catégories d'inexactitudes. Il s'agit de l'inexactitude matérielle, formelle et lors de l'évaluation⁶⁰⁴.

L'inexactitude matérielle concerne les omissions au sein du patrimoine. Il s'agit pour le directeur financier, lors de l'enregistrement comptable, d'omettre de passer des écritures notamment des factures afin de diminuer le chiffre d'affaires. Il s'agit également d'omettre de mentionner les comptes annuels d'une provision pour dépréciation des stocks. Ces inexactitudes sont généralement corrigées par le directeur financier lorsqu'il contrôle la fiabilité des comptes.

L'inexactitude formelle se caractérise par des irrégularités lors du classement. Il s'agit pour le directeur financier de classer une dette à court terme dans la rubrique des dettes à moyen ou à long terme. Il y a également erreur dans le classement « *lorsqu'une partie des*

⁶⁰⁴ J.Larguier, P.Conte, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd. Dalloz, 2004, Pts.398.

frais financiers a été incorporée dans la catégorie des immobilisations concernant les terrains, et a, de ce fait, échappé à tout amortissement, ce qui a eu pour effet de laisser apparaître des résultats meilleurs de l'exercice, puisqu'aucune dotation au titre de l'amortissement n'a été portée au débit du compte d'exploitation »⁶⁰⁵.

Enfin les inexactitudes peuvent concerner les évaluations irrégulières. Cette technique est celle la plus fréquemment utilisée par le directeur financier car elle est difficile à détecter et permet de modifier la situation financière aisément. Il s'agit notamment de majorer ou de minorer le passif ou l'actif de l'entreprise par l'évaluation irrégulière d'actifs circulants ou d'actifs immobilisés. Les possibilités frauduleuses concernant les immobilisations corporelles sont nombreuses. Pour améliorer artificiellement le résultat comptable, le directeur financier va dégager des plus-values de cession fictives⁶⁰⁶.

-a-2 Les mécanismes de gestion utilisés pour commettre les fraudes

362. – Pour commettre ces fraudes, le directeur financier va modifier les méthodes comptables. Il va déroger au principe de l'intangibilité des méthodes en vue de dissimuler la véritable situation de la société. Cette méthode est redoutable car elle n'a aucune limite, si ce n'est l'imagination du directeur financier. Elle permet de falsifier l'ensemble des comptes pour des motifs divers. Cette méthode également dénommée « maquillage des comptes »⁶⁰⁷ permet de déguiser les comptes. Le directeur financier va profiter des options de présentations mais surtout d'interprétation des normes comptables afin de dissimuler la véritable situation de la société. Ces pratiques interdites se traduisent notamment par l'activation de contrats de crédit-bail jusqu'alors mentionnés dans les engagements hors bilan ou encore le changement des méthodes de calcul de valorisation des stocks de marchandises et des provisions pour invendus⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ *Idem.*

⁶⁰⁶ M. Delhomme, Y. Muller, *Comptabilité et droit pénal*, éd Lexis Nexis, 2009, pts 177

⁶⁰⁷ *Ibid.*, pts 142.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, pts 158.

b) La sanction applicable

363. – Le législateur a élaboré des dispositions légales afin de sanctionner les rédacteurs de l'information financière, auteurs d'irrégularités comptables. Selon la forme sociale de la société, est punissable « *le fait pour le président, les administrateur ou les directeurs généraux d'une société anonyme de présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société* »⁶⁰⁹.

Cette volonté de protection de la fidélité comptable de l'entreprise est justifiée par le fait que l'information comptable est indispensable à la survie de l'entreprise. Elle constitue une « *véritable boussole de l'entreprise* »⁶¹⁰. Elle permet à l'organe dirigeant de connaître la situation de l'entreprise et d'établir sur ce fondement les décisions nécessaires à son développement. Les partenaires actuels et futurs de l'entreprise vont également fonder leur décision d'investissement sur la situation de l'entreprise.

Le directeur financier n'apparaît pas comme auteur de l'infraction, néanmoins, la nature de ses fonctions et notamment le fait qu'il dirige l'établissement des comptes annuels le rendent parfois complice de l'infraction.

2) La dissimulation de la situation de financière d'une société en difficulté.

364. – Les dissimulations et les omissions comptables peuvent intervenir lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. En effet, « *désireux de sauver son affaire, le commerçant va être tenté de se livrer à des manœuvres qui, destinées à redresser la situation ou à retarder le moment où l'entreprise va tomber, vont le plus souvent aggraver les choses, et sacrifier définitivement les intérêts, déjà menacés, des créanciers* »⁶¹¹. Ces manœuvres constituent le délit de banqueroute prévu par les articles L.626-2 du Code de commerce ainsi que les articles L.626-3 et L.626-7.

⁶⁰⁹ Art. L.241-3 alinéa 3 du Code de commerce pour les SARL ; et art L.242-6, 2^{ème} du Code de commerce pour les SA.

⁶¹⁰ A.Lepage., P., Maistre du Chambon., R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd.Litec, 2013, pts.787.

⁶¹¹ J.Larguier, P.Conté, *Droit pénal des affaires*, éd. A.Colin, 2004, n°506.

Selon l'article L.654-1 et suivant du Code de commerce, les auteurs principaux du délit de banqueroute sont « *les commerçants, les agriculteurs, les personnes immatriculées au répertoire des métiers et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, les personnes qui ont directement ou indirectement, en droit ou en fait dirigé ou liquidé une personne de droit privé, et les personnes physiques représentants permanents des personnes morales, ainsi que les personnes morales elles-mêmes* ».

Compte tenu de ses fonctions, le directeur financier pourra être poursuivi comme auteur des délits de banqueroute ou comme complice. En effet, ses connaissances de la technique financière et comptable vont lui permettre de mettre en place des comptabilités fictives afin de dissimuler les difficultés financières de la société. Il y a comptabilité fictive lorsque « *le nombre et la nature des erreurs, omissions ou altérations comptables sont importantes et sont à l'origine d'écritures donnant une vision dénaturée de l'entreprise*⁶¹² ».

Si la comptabilité n'est pas fictive, elle ne pourra constituer une caractéristique de la banqueroute que si elle est « *manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales* »⁶¹³.

Paragraphe II Les manœuvres frauduleuses

365. – Lors de l'enregistrement comptable des manœuvres frauduleuses peuvent être constatées. Ces manœuvres consistent pour le directeur financier à utiliser des techniques comptables pour obtenir un avantage. Ces comportements sont qualifiés d'escroquerie (I), d'abus de confiance (II) ou encore de fraude fiscale (III).

I) L'escroquerie

366. – Lors de l'exercice de ses fonctions le directeur financier peut être amené à commettre des faits qui relèvent de l'escroquerie.

Il s'agit pour le directeur financier soit « *par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvre frauduleuse, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au*

⁶¹² E. Eichel, « Point de vue sur la notion de comptabilité fictive », *Gaz.Pal.*1987, 1 doct.p.481.

⁶¹³ Art.L.654-3 du Code de commerce.

préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge »⁶¹⁴.

Il commet en général les actes délictueux de concert avec l'organe dirigeant comme l'illustre un arrêt de la Cour de cassation qui a déclaré coupable d'escroquerie, le président ainsi que le directeur financier pour avoir cédé des créances inexistantes, matérialisées par des factures fictives destinées à faire croire à l'existence de marchandises. En l'espèce, « *le directeur financier ainsi que le président avaient trompé les banques dont ils avaient sollicité le concours et les avaient déterminées à leur remettre les fonds* »⁶¹⁵.

L'escroquerie du directeur financier a été également caractérisée lorsqu'il a dressé sur les indications du président directeur général un état de la situation en vue d'obtenir d'une banque une ouverture de crédit pour la société⁶¹⁶. Lorsque la société connaît des difficultés financières, le directeur financier va être tenté d'améliorer la situation financière de la société afin d'obtenir un avantage de la banque. Concrètement, cela consiste pour le directeur financier à ne pas comptabiliser tous les paiements émis, ou anticiper au contraire la comptabilisation de certains encaissements⁶¹⁷. Cette technique permet de diminuer artificiellement les créances d'exploitation au passif.

⁶¹⁴ Art. 313-1 du Code pénal.

⁶¹⁵ Cass.crim., 5 nov.1998 n°97-81.935, inédit.

⁶¹⁶ Cass.crim., 30 nov. 1981, n°81-90.503 inédit.

⁶¹⁷ M. Delhomme, Y. Muller, *Comptabilité et droit pénal*, éd.Lexis Nexis, 2009, Pts211

II) La fraude fiscale

367. –L'article 1741 du code général des impôts définit la fraude fiscale « *comme le fait de se soustraire ou tenter de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification* ». Le législateur a établi une liste non limitative des infractions de fraude fiscale. Il s'agit d'avoir volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits ; de dissimuler volontairement une part des sommes sujettes à l'impôt ; d'organiser son insolvabilité ; ou encore d'agir de toute autre manière frauduleuse. Ce délit s'applique au débiteur de l'impôt à savoir la personne morale ainsi qu'à son représentant, le mandataire social. Le directeur financier n'est pas directement concerné par ce délit. Néanmoins, il peut être condamné sur le fondement de la fraude fiscale pour avoir aidé ou assisté l'organe dirigeant à réaliser le délit. Egalement, sa responsabilité peut être recherchée en cas de délégation de pouvoir en matière fiscale. En effet, l'organe dirigeant va tenter de s'exonérer de sa responsabilité en invoquant l'existence de délégations fiscales à l'égard du directeur financier.

Cette implication du directeur financier dans les délits de fraude fiscale est justifiée par la nature de ses fonctions. Lors de l'élaboration des comptes annuels, le directeur financier doit établir diverses déclarations fiscales imposées par la loi. Il est possible qu'il ne respecte pas volontairement les lois fiscales et il doit par conséquent être sanctionné.

368. –La loi du 6 décembre 2013⁶¹⁸ relative à la lutte fiscale risque d'aggraver la peine du directeur financier lorsque celui-ci va être condamné sur le fondement de la fraude fiscale.

En effet, cette loi a introduit un nouvel alinéa à l'article 1741 du Code général des impôts « *les peines sont portées à 2 000 000 euros et sept ans d'emprisonnement lorsque les faits ont été commis en bande organisée* ».

Compte tenu de la nature des fonctions du directeur financier, il pourrait être considéré comme un acteur majeur de la bande organisée. Sa connaissance de la technique comptable ainsi que ses fonctions concernant la comptabilité, les finances et la fiscalité font de lui un élément essentiel lors de l'élaboration fiscale. Par conséquent, les peines appliquées en cas de délit de fraude fiscale au directeur financier sont susceptibles d'être aggravées si la bande organisée est caractérisée.

III) L'abus de biens sociaux

369. –L'abus de biens sociaux est caractérisé « *lorsque le président, les*

⁶¹⁸ Loi n°2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JORF, n°0284 du 7 déc.2013, p.19941, texte n°4.

administrateurs ou les directeur généraux d'une société anonyme qui font, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement »⁶¹⁹.

Le directeur financier n'est pas directement visé comme auteur du délit d'abus de biens sociaux. Toutefois, les décisions de jurisprudence nous permettent de constater que l'organe dirigeant va utiliser les connaissances du directeur financier afin qu'il élabore des techniques financières permettant de détourner les fonds de la société. Cette assistance du directeur financier est illustrée par un arrêt de la Cour de cassation. Dans cette affaire, l'organe dirigeant, avait détourné au préjudice de la société, des capitaux d'un montant considérable dont une partie avait été versée au directeur financier. Egalement il avait vendu à son propre profit un appartement appartenant à la société qui continuait à figurer à l'actif de la société. La Cour condamne l'organe dirigeant pour abus de confiance et retient la complicité du directeur financier pour avoir assisté l'organe dirigeant dans la commission de l'infraction. Le directeur financier a rendu possible les détournements grâce à la mise en place de techniques comptables destinées à dissimuler la disparition des capitaux des actif des sociétés et à élaborer des imputations mensongères qui ont permis de dissimuler l'appropriation par l'organe dirigeant de l'appartement appartenant à la société⁶²⁰.

Egalement, le directeur financier peut utiliser sa relation instaurée avec les établissements de crédits pour détourner des fonds. A ce titre, le directeur financier a été condamné pour complicité d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants pour avoir remis de manière injustifiée des liquidités appartenant à la société à des individus. Dans cette affaire, le directeur financier avait accepté de participer au retrait des fonds dans plusieurs banques et avait bénéficié de deux versements en espèces déposés sur son compte personnel dont il ne pouvait justifier l'origine⁶²¹.

Section II Un domaine étendu aux incriminations boursières

⁶¹⁹ Art.L.242-6, alinéa 3 du Code de commerce.

⁶²⁰ Cass.Crim., 3 nov. 1982, n°80-94.536.

⁶²¹ TGI, Paris, 11^{ème} chambre, 3 novembre 1980, Lamy société commerciales « responsabilité pénale, p.3679.

370. – Les incriminations boursières sont apparues au début du vingtième siècle lors des premiers scandales financiers. Les premières lois visant à moraliser le droit des affaires ont été élaborées dans les années 70. Depuis lors, le droit boursier est devenu de plus en plus complexe avec la création d'infractions dont les conditions ont été précisées par la jurisprudence et la création de l'autorité des marchés financiers, organisme régulateur des marchés.

Lors de la création des infractions boursières, le législateur a pris en compte la diversité des intervenants au sein d'une entreprise. Elles ont généralement un champ d'application large afin de prendre en compte l'organisation fonctionnelle des sociétés cotées et notamment la participation du directeur financier. La responsabilité du directeur financier risque donc d'être recherchée sur le fondement d'incrimination boursière devant les juridictions pénales et administratives (**Paragraphe I**). Cette dualité d'incrimination est sévèrement contestée depuis quelques années. Elle est considérée comme contraire à la Constitution et a été récemment remis en cause par le Conseil constitutionnel (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Le comportement du directeur financier encadré par les juridictions pénales et administratives

371. – Lors de l'exécution de ses fonctions modernes, le directeur financier participe à la stratégie de l'entreprise, il a accès à une information privilégiée qu'il peut utiliser pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers (**I**). Egalement, son investissement au sein de la stratégie, le conduit à participer et parfois à réaliser la communication financière de l'entreprise. Lors de la réalisation de cette fonction, il peut manipuler l'information afin d'améliorer la situation de l'entreprise aux yeux des investisseurs (**II**).

D) L'utilisation de l'information privilégiée.

372. – Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier peut être amené à utiliser une information privilégiée pour servir ses intérêts. Il s'agit par exemple, pour le directeur financier d'utiliser une information privilégiée pour réaliser une plus-value lors de la vente de ses actions. C'est notamment le cas du directeur financier exerçant ses fonctions au sein de la société Vivendi Universal dont la responsabilité fut recherchée sur le fondement du délit d'initié⁶²². Dans cette affaire, lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier a eu connaissance d'une information privilégiée relative à un projet de vente par la société de ses actions d'autocontrôles. Le directeur financier savait que cette vente aurait un effet sur le cours de l'action Vivendi Universal. Pour éviter que ses actions personnelles ne soient dévaluées suite à la vente par la société des actions d'autocontrôle, il a décidé de les vendre. Cette opération lui a permis de réaliser une plus-value sans subir les effets de la dévaluation de l'action suite à la vente par la société de ses actions d'autocontrôle.

Le directeur financier peut également utiliser cette information privilégiée pour servir les intérêts d'un tiers. Cette utilisation de l'information se manifeste notamment, lorsque le salarié diffuse une information privilégiée aux analystes financiers sans respecter une période d'embargo. Ainsi a été condamné pour délit d'initié, le salarié qui avait communiqué aux analystes financiers *« l'existence d'un décalage significatif s'agissant du taux de marge opérationnelle entre les attentes du marché et la situation interne de l'entreprise »*⁶²³.

De tels comportements sont sanctionnés par les juridictions pénales au titre de l'article L.465-1 du Code monétaire et financier : *« est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « le fait pour le dirigeant d'une société (...) et pour les personnes disposant à l'occasion de leur profession ou de leur fonction, d'une information privilégiée (...) de tenter ou de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public est connaissance de ces informations »*.

Egalement la responsabilité du directeur financier peut être recherchée sur le fondement du manquement d'initié prévu par le règlement de l'AMF dans l'hypothèse où les titres de la société sont négociés sur un marché réglementé. Le manquement à cette obligation

⁶²² Tribunal correctionnel de Paris, 11^{ème} chambre, 21 janv. 2011, n°11/03728 ; F.Stasiak, « Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières », *RSC.2012*, p.571 ; *Bull.Joly Bourse*, avr.2011, p.236, note J.Casseu-capdeville

⁶²³ Décision AMF, 10 déc. 2009, commission des sanctions à l'égard de la société X, de MM. A, B, C et D, réf San-210-06.

est envisagé par l'article 622.1 du règlement général de l'AMF, « *Toute personne définit à l'article 622-2 du règlement général de l'AMF commet un manquement d'initié si elle utilise une information privilégiée qu'elle détient pour acquérir ou vendre des titres* ».

373. – Concernant la détermination de la peine du directeur financier, l'article L.465-1, alinéa 1 du Code monétaire et financier précise que s'agissant des personnes physiques, les peines encourues sont celles d'emprisonnement de deux ans et/ou d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit. Lors de l'appréciation de la sanction, l'AMF énonce au sein de ses recommandations que les sanctions qu'elle prononce doivent être adaptées à la gravité du comportement des incriminés. Elle attend « *un comportement exemplaire des dirigeants et insiste sur le fait que « plus on monte dans la hiérarchie, plus on doit être insoupçonnable* »⁶²⁴. On déduit de cette recommandation, que l'AMF va sanctionner sévèrement le directeur financier compte tenu de ses fonctions et de sa place dans la hiérarchie, c'est notamment le cas dans une décision de la commission des sanctions qui a condamné sévèrement le directeur financier auteur d'un délit d'initié à une amende de 1.500 000 euros, peine maximale pour ce délit⁶²⁵. Cette volonté de sanctionner sévèrement les auteurs du délit d'initié a été également envisagée par la directive du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché⁶²⁶. Suite à un rapport établi par la CESR en 2007⁶²⁷, il est apparu que les sanctions encourues en pratique par les auteurs d'abus de marché n'étaient pas dissuasives. Pour éviter l'inefficacité de la répression pénale, la directive impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les infractions de délit

⁶²⁴ Recommandation de l'AMF, n°2010-07 du 3 novembre 2010.

⁶²⁵ Décision de la commission des sanctions du 28 septembre 2012 à l'égard de M. Hanif Lalani, Alykhan Lalani, Kavit Handa, Alfeen Esmail, Mukesh Valabhji, Parvin Esmail et de la société Intoch Investissements.

⁶²⁶ Directive 2014/57/UE du parlement Européen et du conseil, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, JOUE, L 173/179 ; N. Mennesson, « Abus de marché : vers une refonte du régime communautaire ? », *JCP.E* 2011, n° 49, 1881 ; O. Dufour, « Bruxelles pénalise les abus de marché », *LPA* 2011, n° 220, p. 3 ; F. Pelletier, « Vers une cohérence des sanctions administratives ou pénales des abus de marché », *JCP.E* 2011, n° 50, 1905

⁶²⁷ Rapport sur les mesures et sanctions administratives ainsi que sur les sanctions pénales en vigueur dans les Etats membres en vertu de la directive abus de marché, 22 nov. 2007, CESR/07-693 et CESR/08-099

d'initié soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives⁶²⁸.

II) La communication d'une information fausse ou trompeuse

374. – Au sein des sociétés cotées, le directeur financier compte tenu de ses fonctions, est souvent associé à la communication de l'information financière. Afin de dissimuler la véritable situation de la société, le directeur financier va fausser l'information. Cela se traduit par exemple, par des renseignements inexacts sur les résultats de l'émetteur⁶²⁹, une présentation de l'émetteur faussement rassurante, une présentation des données prévisionnelles très différentes des prévisions réelles⁶³⁰.

Contrairement aux sociétés non cotées, l'information manipulée ne se limite pas aux comptes annuels. Les informations susceptibles d'être communiquées et manipulées sont nombreuses. Il s'agit principalement de l'information réglementée qui comprend, le rapport financier annuel, rapport financier annuel semestriel, informations financières trimestrielles, l'information relative au nombre d'actions et droit de vote composant le capital. Au-delà de l'information réglementée, il y a d'autres informations susceptibles d'être manipulées comme par exemple les informations relatives aux programmes de rachats d'actions ou encore le communiqué précisant les modalités de mise à disposition⁶³¹.

375. – Les supports de l'information sont également divers, le directeur financier peut manipuler l'information lors de la communication par voie de presse⁶³² ainsi que lors de la diffusion de communiqué électronique⁶³³. A ce titre, l'AMF a constaté que le communiqué indiquant le montant de la dette nette totale de l'émetteur doit inclure les engagements hors bilan s'ils en sont une composante importante et significative. Le fait que ces engagements hors bilans figurent dans les documents comptables remis aux actionnaires est insuffisant⁶³⁴.

⁶²⁸ Directive 2014/57/UE du parlement Européen et du conseil, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, JOUE, L 173/179 Art.7

⁶²⁹ Cass.crim., 15 mai 197, Juris-Data n°1997-003227.

⁶³⁰ T.G.I. Paris, 9 janv. 2004, Juris-Data n° 2004-235751

⁶³¹ J-C. Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011, pts.33.

⁶³² Art.L.621-7 X, du Code monétaire et financière « la loi impose aux émetteurs de communiquer par voie de presse écrite selon des modalités déterminées par le règlement général ».

⁶³³ « Le communiqué par voie électroniques doit être diffusé par priorité à tout autre mode de divulgation de l'information », J-C. Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd Francis Lefebvre, 2011, pts 260.

⁶³⁴ Décision de l'AMF, 24 mai 2007, société Rhodia, MM. Jean-Pierre Tirouflet, Patrick Iweins, Pierre Rioul, Y-R, Nanot, revue mensuelle de l'AMF, de juil-août 2007, n°38.

Egalement, la Cour de cassation⁶³⁵ a considéré que *« constitue une information fausse ou trompeuse le fait d'avoir retranscrit les engagements hors bilan dans une note d'information publiée en vue de l'augmentation du capital non conformes par leur contenu à ceux qui avaient été annexés aux comptes consolidés »*.

De tels agissements sont susceptibles d'entraîner la responsabilité du directeur financier sur le fondement pénal et administratif. L'autorité des marchés financiers a consacré ce manquement au départ au sein du règlement COB 90-02, puis au sein du règlement n°98-07, devenus aujourd'hui l'article 632-1 du règlement de l'AMF : *« Toute personne doit s'abstenir de communiquer ou de diffuser sciemment, des informations, quel que soit le support utilisé, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications inexactes, imprécises ou trompeuses sur des instruments financier émis par voie d'appel public à l'épargne au sens de l'article L.411-1 du Code monétaire et financier, y compris en répandant des rumeurs ou en diffusant des informations inexactes ou trompeuses, alors que cette personne savait ou aurait dû savoir que les informations étaient inexactes ou trompeuses »*.

La constitution du manquement exige l'existence d'un élément matériel. Il est constitué par le seul fait de communiquer des informations inexactes, imprécises ou trompeuses⁶³⁶. L'AMF ne doit pas établir que l'information a eu un impact sur le cours du fonctionnement du marché. Contrairement au délit d'information fausse ou trompeuse, l'établissement du manquement est établi peu importe que le nombre de personnes destinataires de cette information soit élevé ou faible.⁶³⁷ Au-delà de l'élément matériel, l'AMF constate un élément intentionnel qui suppose que l'auteur du manquement *« savait ou aurait dû savoir »*.

Ce délit est également prévu au sein de Code monétaire et financier. L'article L.465-2 alinéa 2 du Code monétaire et financier dispose : *« est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et des moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir les cours »*. La caractérisation de ce délit suppose que le directeur financier communique une

⁶³⁵ Cass.crim., 4 avril 2001, n°00-84.222, inédit.

⁶³⁶ J-C. Vidal, P. Mudet, Communication financière, éd Francis Lefebvre, 2011, pts.702.

⁶³⁷ *Ibid.*, pts .704

information trompeuse. Cette information doit être de nature à agir sur le cours. Cette exigence est proche de celle contenue dans le délit d'initié. L'information doit être susceptible « *d'avoir une influence sur le cours* » de l'émetteur. A ce titre, la doctrine considère qu'il n'est pas exigé que l'information ait un impact sur le cours dès lors qu'il est possible⁶³⁸. L'incidence sur le cours n'a pas besoin d'être effective mais seulement potentielle⁶³⁹. Cette information doit être répandue dans le public par des voies et des moyens quelconques. Le directeur financier doit répandre l'information, il s'agit d'un acte positif. L'abstention ne sera pas en principe constitutive du délit sauf si l'information communiquée comporte des omissions aménagées en vue de fausser la bonne information⁶⁴⁰. La notion de public n'est pas définie pas le droit boursier. Aucun seuil quantitatif n'est déterminé⁶⁴¹. Il s'agit donc d'une application au cas par cas par la jurisprudence.

Au-delà de l'élément matériel, la constitution du délit suppose d'établir le dol général c'est-à-dire que la personne poursuivie a agi de mauvaise foi en ayant conscience de l'inexactitude des informations diffusées⁶⁴², le dol spécial n'est plus requis depuis la loi du 22 janvier 1988⁶⁴³.

376. – Lors de la rédaction des textes, le législateur et l'AMF ont souhaité élargir le champ d'application. Au lieu de réserver cette infraction aux seuls dirigeants comme c'est le cas pour le délit de présentation d'une information inexacte, ils ont étendu le champ d'application « *à toute personne* ». Cette étendue du champ d'application permet de prendre en compte l'organisation des pouvoirs au sein de l'entreprise et de l'attribution à certains salariés notamment au directeur financier de certaines missions comme celle de communiquer l'information financière. Ces nouvelles attributions augmentent le risque pour le directeur financier de voir sa responsabilité engagée au niveau pénal et administratif⁶⁴⁴. C'est notamment le cas du directeur financier condamné aux côtés de l'organe dirigeant sur le

⁶³⁸ *Ibid.*, pts 675.

⁶³⁹ P. Clermontel, « *Le droit de la communication financière* », éd Joly, 2009, pts 540

⁶⁴⁰ C. Ducouloux-Favard, « Infractions boursières, délits et manquements et faute disciplinaires », dict.joly.bourse, n°221 et 222.

⁶⁴¹ J-C. Vidal, P. Mudet, *Communication financière*, éd Francis Lefebvre, 2011, pts.676

⁶⁴² *Ibid.*, Pts.677

⁶⁴³ Loi du 22 janvier 1988, n°88-70, sur les bourses de valeurs.

⁶⁴⁴ G.Benoit, « Risque pénal : les directeurs financiers plus exposés », option finance n°1110-2011-p.14.

fondement du délit de fausse information pour avoir diffusé au sein de communiqués de presse de la société des informations trompeuses concernant l'endettement de la société. Il affirmait que la société était nette de dette alors que l'endettement de celle-ci s'était aggravé⁶⁴⁵. Ces communiqués mensongers ont eu pour effet de diffuser une image infidèle de la société préjudiciable aux partenaires de l'entreprise.

Paragraphe II La condamnation de la dualité des poursuites

377. – Cette dualité des poursuites à la fois pénales et administratives a été contestée par les juges européens à de nombreuses reprises. En ce sens, l'arrêt du 4 mars 2014⁶⁴⁶, transposable en droit français, a condamné sur le fondement du principe de « *non bis in idem* », le cumul des poursuites et des sanctions admis en matière d'abus de marché. Dans cette affaire le requérant avait été poursuivi à la fois par la juridiction pénale et administrative pour avoir divulgué une information fausse ou trompeuse. La Cour européenne a constaté que cette dualité des poursuites allait à l'encontre de l'article 4 du protocole n°7 additionnel à la CEDH « *nul ne peut être poursuivi pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une même infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet état* ».

Compte tenu de ce contexte, il n'est pas étonnant que la Cour de cassation⁶⁴⁷ ait transmis des questions prioritaires de constitutionnalité concernant l'inconstitutionnalité de l'article 6 du Code de procédure pénale et de la dualité de poursuites mentionnée par le Code monétaire et financier. Selon la Cour, cette dualité des poursuites serait contre le principe de l'égalité devant la loi, le principe de la nécessité des délits et peines et du principe de sûreté et de la présomption d'innocence.

Face à l'exigence de se conformer aux décisions européennes, le Conseil

⁶⁴⁵ TGI, Paris, 11^{ème} chambre, 21 janv.2011, n° 11/03728.

⁶⁴⁶ CEDH, 4 mars 2014, n°18640/10, grande Stevens c/Italie, rev.sociétés 2014.675 note H.Matsopoulou ; dans le même sens voir la décision de la CEDH, 27 novembre 2014, n°7356/10 Lucky Dev/Suède.

⁶⁴⁷ Crim., 17 déc. 2014, 2 arrêts, n° 14-90.042 et 14-90.043, affaire EADS, et Crim., 4 févr. 2015, n° 14-90.04

constitutionnel⁶⁴⁸ a interdit le cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives pour des opérations d'initiés, et plus généralement pour des abus de marché. Il exclut la dualité des sanctions mais pas sur le fondement du non bis in idem auquel on n'aurait pu s'y entendre. En effet, le conseil constitutionnel n'estime pas que la dualité des incriminations soit contraire à ce principe. Il affirme que *« s'il résulte des dispositions contestées de l'article 6 du code de procédure pénale (relatif à l'autorité de la chose jugée) qu'une décision définitive d'une autorité administrative prononçant une sanction ayant le caractère d'une punition ne constitue pas une cause d'extinction de l'action publique, ces dispositions ne méconnaissent en elles-mêmes aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit »*. Un auteur a énoncé que par cette prise de position, le Conseil consacrait une conception stricte de l'autorité de la chose jugée en matière pénale qui n'est conférée qu'à une décision répressive, de sorte que la chose décidée par la commission des sanctions de l'AMF n'a pas autorité sur le plan pénal⁶⁴⁹. Le Conseil constitutionnel fonde cette exclusion sur le non-respect du principe de nécessité des peines et des délits. Il estime que le délit d'initié, qui relève du juge pénal et le manquement d'information privilégiée envisagée par l'AMF sont définies de la même manière par les textes. Il affirme également que *« la répression du manquement d'initié, et celle du délit d'initié poursuivent une seule et même finalité de protection et de même fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers »*. Pour finir, il énonce que *« les faits prévus par les articles précités doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions qui ne sont pas de nature différente »*. Certains auteurs ont souligné le fait que cet argument était surprenant étant donné que seul le juge pénal peut prononcer des peines d'emprisonnement⁶⁵⁰.

Le conseil constitutionnel aménage sa déclaration d'inconstitutionnalité. Il estime qu'une abrogation immédiate des textes en cause aurait des conséquences excessives en empêchant toute poursuite contre les auteurs des délits d'initiés. Cette abrogation est reportée

⁶⁴⁸ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC ; O. Decima, « Le fantôme de ne bis in idem, *D.2015*, 874 ; F. Sudre, « Principe de non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP.G.2015* 368, 369 ; Rapport du groupe de travail de l'Autorité des marchés financiers sur l'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché – Proposition de réforme mai 2015 ; Poursuite et sanction des abus de marché : le droit français à l'épreuve de textes communautaires et des jurisprudences récentes, Rapport du Club des juristes, mai 2015 ; N. Rontchevsky, « Le Conseil constitutionnel met fin au cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives pour manquement et pour délit d'initié et impose une réforme du cadre répressif des abus de marché », *RTD com.2015* 317.

⁶⁴⁹ Obs., P. Pailler, *RD Banque finance* 2015, n° 63.

⁶⁵⁰ AJDA 2015.553, décision rendue par le Conseil Constitutionnel n° 2014-453-QPC-462, « Pas de cumul de sanctions pénales et administratives pour le délit d'initié, conseil constitutionnel 18 mars 2015 ».

au 1^{er} septembre 2016. Toutefois, pendant, cette période transitoire le directeur financier ne pourra pas faire l'objet d'une poursuite pénale et administrative.

Cette décision du Conseil constitutionnel risque d'avoir un impact important sur la responsabilité du directeur financier dans le domaine des infractions boursières. Conformément aux décisions de la CEDH et du Conseil constitutionnel, il pourra plus être poursuivi à la fois par la juridiction administrative et par la juridiction pénale. L'interdiction de la dualité des poursuites devra être compensée par une aggravation des sanctions infligées à l'auteur des infractions. Cette aggravation de la peine est essentielle à l'efficacité de la répression.

Conclusion du 1^{er} chapitre

378. – Lors de l'exécution de ses fonctions, la responsabilité du directeur financier peut être recherchée en cas d'irrégularités comptables lors de l'élaboration des comptes annuels. De même, sa responsabilité sur le fondement de l'escroquerie, de la fraude fiscale ou encore de l'abus de biens sociaux peut être recherchée lorsque le directeur financier va utiliser des manœuvres frauduleuses pour obtenir un avantage.

L'évolution de ses obligations vers une participation à la définition de la stratégie de l'entreprise a étendu le domaine de la responsabilité aux incriminations boursières. Il s'agit notamment de sanctionner sur un fondement pénal et administratif le directeur financier qui utilise l'information financière ou qui la diffuse contrairement aux dispositions légales. Récemment, cette dualité des poursuites a été remise en cause.

Chapitre II : La mise œuvre de la responsabilité

379. – Le directeur financier joue un rôle primordial dans la réalisation de l'incrimination. Véritable acteur des fraudes fiscales, il crée des mécanismes frauduleux qui permettent l'amélioration de la situation de la société. Le législateur a souhaité le sanctionner au même titre que l'organe dirigeant en créant des incriminations concernant les fraudes comptables dont le champ d'application est volontairement large. Egalement, il a créé des instruments juridiques permettant de transférer les responsabilités de l'organe dirigeant vers le directeur financier. Malgré la possibilité d'incriminer le directeur financier comme auteur des fraudes comptables, la jurisprudence refuse de le condamner sur ce fondement, imposant comme seul responsable l'organe dirigeant (**Section I**).

Même si, la jurisprudence refuse de condamner le directeur financier concernant certaines incriminations qu'elle estime comme relevant de la gestion personnelle de l'organe dirigeant, elle ne perd pas de vue l'importance du rôle joué par le directeur financier dans la commission des irrégularités. Lors de la mise en œuvre de sa responsabilité, elle n'hésite pas à apprécier sévèrement celle-ci. L'appréciation de l'élément moral est alors présumée compte tenu des connaissances du directeur financier et de sa capacité à déceler les irrégularités (**Section II**).

Section I Une responsabilité limitée par celle de l'organe dirigeant

380. – La jurisprudence pose certaines limites à la mise en cause de la responsabilité du directeur financier. Elle estime, que certaines incriminations résultent de la gestion personnelle de l'organe dirigeant et donc ne peuvent être imputées au directeur financier. Les limites de la responsabilité du directeur financier se traduisent par un refus de la jurisprudence de le condamner comme auteur de certaines incriminations (**Paragraphe I**). Elles se matérialisent également par l'inefficience de certaines délégations de pouvoirs (**Paragraphe II**).

Paragraphe I Le directeur financier auteur

381. – Les infractions boursières ont un champ d'application volontairement large qui leur permet de prendre en compte « toute personne » qui aurait pu contribuer à la commission de l'infraction. La jurisprudence est venue restreindre ce champ d'application aux seuls mandataires sociaux excluant le directeur financier. Elle considère que le directeur financier ne peut être qualifié comme d'auteur de certaines infractions qu'elle qualifie comme des obligations personnelles du dirigeant (I). Cependant, il pourra être qualifié comme auteur de ces mêmes infractions s'il est prouvé qu'il a réalisé des actes positifs de gestion (II).

I Des qualifications limitées par les fonctions du directeur financier

382. – Hormis l'hypothèse des infractions de droit commun, le directeur financier est rarement qualifié d'auteur concernant les infractions financières. Cela résulte d'une volonté du législateur de réserver les infractions financières aux seuls organes sociaux de l'entreprise. Toutefois, concernant certaines catégories de sociétés notamment celles cotées sur le marché boursier, le législateur a étendu ce champ d'application. Il a pris en compte l'évolution de l'organisation des sociétés et du fait que certaines obligations financières étaient exercées de manière autonome par les cadres dirigeants de l'entreprise et notamment par le directeur financier. Cette volonté du législateur est constatée dans la mise en œuvre de l'infraction d'information fausse ou trompeuse. En effet, la diffusion d'information fausse ou trompeuse qui est envisagée à la fois comme un délit au sein de Code de commerce et comme un

manquement par l'autorité des marchés financiers a un champ d'application large permettant d'inclure comme auteur de l'infraction « toute personne ».

Cette extension du champ d'application de l'infraction n'a pas eu les effets escomptés car la responsabilité du directeur financier est rarement mise en cause sur ce fondement. A notre connaissance, l'unique condamnation du directeur financier comme auteur de l'infraction concerne l'affaire de la société Vivendi Universal. Compte tenu de la rareté des décisions, il convient d'analyser cette affaire afin de déterminer sur quels critères le tribunal s'est fondé pour condamner le directeur financier (A) et d'analyser les conditions qui ont conduit la Cour d'appel à rejeter cette condamnation (B).

A La qualification du directeur financier comme auteur

383. –La diffusion d'une information fausse ou trompeuse est susceptible d'engager la responsabilité administrative et pénale du directeur financier. Cette sanction n'est pas réservée aux organes dirigeants, les textes visent comme auteur du délit « toute personne qui transmet une information ». Il s'agit ici d'une volonté du législateur de prendre en compte les différents intervenants susceptibles de participer à la diffusion de l'information financière au sein des sociétés cotées. Par conséquent, la responsabilité du directeur financier peut être recherchée comme auteur de l'infraction. Ce fût notamment le cas du directeur financier de la société VIVENDI UNIVERSAL⁶⁵¹.

384. –Dans cette affaire, il était reproché à la société Vivendi Universal, à l'organe dirigeant ainsi qu'au directeur financier, d'avoir employé des méthodes inappropriées de consolidation⁶⁵² et d'avoir procédé à une communication inexacte ou trompeuse sur

⁶⁵¹ Tribunal correctionnel de Paris, 11^{ème} chambre, 21 janvier 2011, n°11/03728 ; F.Stasiak, « Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières », *RSC.* 2012, p.571 ; *Bull.Joly Bourse*, avr. 2011, p.236, note J.Casseu-capdeville.

⁶⁵² Pour plus de précision voir : J-L., Navarro, « Vivendi Universal : Réflexion sur les aspects de droit comptable », *Revue droit des sociétés* 2007, p.335: L'AMF reprochait aux mis en cause d'avoir délivré une information inexacte, imprécise et trompeuse en retenant dans les compte du groupe Vivendi Universal, au titre de l'exercice 2001, le mode de consolidation par mise en équivalence de la société Telco et de la société Polska Telefonia Cyfrowa (PTC), dans laquelle Telco détenait une participation. Pour cerner les diverses implications, il convient de souligner trois dates :

- le 7 juin 1999, Vivendi Universal et la société anonyme polonaise Elektrim ont acquis respectivement 30 % et 70 % du capital de la société Telco, dont objet était de recueillir les participations de la société Elektrim dans la téléphonie, et en particulier 51 % du capital de la société PTC, premier opérateur polonais de téléphones mobiles.

l'endettement, les résultats et la trésorerie du groupe. Plus particulièrement, il était reproché au directeur financier d'avoir, courant 2000, 2001, et 2002, diffusé au public des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, en l'espèce, la SA Vivendi Universal.

L'information trompeuse concernait, trois communications relatives au niveau d'endettement du groupe Vivendi Universal.

La première communication trompeuse concernait la fusion de la société Vivendi Universal avec la société Seagram. A cette occasion, le directeur général avait annoncé : « *sur la base proforma, au 1^{er} janvier 2001, la SA Vivendi Universal sera nette de dette pour ses activités de communication* ». Le 1^{er} janvier 2001, la société n'était pas nette de dette, et l'endettement effectif de la société Vivendi Media et Communication s'élevait à 12 milliards d'euros en normes comptables françaises au surplus, l'endettement du groupe Vivendi Environnement s'élevait à 15 milliards d'euros au 1^{er} janvier 2001, soit à cette date, l'endettement total de la dette du groupe s'élevait à 27 milliards d'euros .

La deuxième communication trompeuse concernait la présentation des résultats du premier semestre 2001. Le communiqué mentionnait un free cash-flow net positif des activités médias et communications alors qu'en réalité le free cash-flow net de la branche média et communication était négatif de 23, 1 millions d'euros.

La troisième communication trompeuse annonçait la volonté de la SA Vivendi Universal d'annuler 33 millions d'actions supplémentaires, alors que cette annulation de titres n'a jamais été mise en œuvre ultérieurement et que le public n'a pas été informé de la non-

- le 7 décembre 1999 ; un nouveau contrat d'investissement entre Vivendi Universal et Elektrim a permis à Vivendi Universal, notamment, d'accroître sa participation dans Telco à hauteur de 49 % et d'organiser le partage des responsabilités opérationnelles.

- le 3 septembre 2001 à la demande de Vivendi Universal qui l'avait financée par l'intermédiaire de la Société Générale, la société Ymer Finances a acquis, auprès de Elektrim, 2% du capital de Telco.

L'AMF considéra qu'en vertu du pacte du 7 décembre 1999, qui régissait alors les relations des actionnaires, Vivendi Universal ne pouvait de voir imposer une quelconque décision stratégique concernant l'activité économique de la société puisque chaque associé désignait la moitié des membres du comité de direction de la société PTC. De plus, si Vivendi Universal nommait trois des six membres du directoire et seulement trois des sept membres du conseil de surveillance de la société Telco, elle disposait d'un droit de veto équivalant à celui de l'autre associé étant donné qu'aucune décision importante ne pouvait être prise sans l'accord d'au moins un représentant de Vivendi Universal et de la société Elektrim. Enfin, le recours à la procédure de résolution de différend autorisait Vivendi Universal à contraindre sa partenaire à lui racheter sa participation au prix du marché. Ainsi, eu égard à cette situation de contrôle conjoint, Vivendi Universal n'aurait pas dû procéder à une mise en équivalence mais à une consolidation proportionnelle. Cette erreur dans le choix de la méthode de consolidation a conduit l'AMF à qualifier l'information fournie par les comptes consolidés comme inexacte, imprécise et trompeuse.

exécution de cette décision d'annulation des titres.

385. –Au mois de décembre 2003, la responsabilité du Président directeur général ainsi que celle du directeur financier ont été mises en cause pour diffusion d'information trompeuse par la SEC aux Etats Unis. Aucune sanction n'a été prononcée à l'encontre du directeur financier. La société Vivendi a dû s'acquitter d'une amende de 50 millions de dollars et le président directeur général a renoncé à ses indemnités de départ.

Concernant la France, malgré un non-lieu général prononcé par le procureur, le juge a rendu une ordonnance demandant le renvoi du président directeur général et de six autres personnes dont le directeur financier devant le Tribunal correctionnel. Contrairement à la décision de la commission des sanctions de l'AMF, le Tribunal correctionnel a condamné le directeur financier au même titre que le Président directeur général sur le fondement du délit de diffusion d'information trompeuse ou inexacte à trois ans de prison avec sursis et 150 000 euros d'amende.

L'appréciation de cette condamnation suppose de revenir sur les faits et notamment sur les différents communiqués litigieux.

Le jugement constate le rôle déterminant du directeur financier dans l'élaboration de l'information financière (1), ce rôle semble être limité aux communiqués et non aux interviews données par l'organe dirigeant (2).

1) La consécration du rôle déterminant du directeur financier dans la communication litigieuse.

386. –L'information litigieuse concernait une communication publiée par Vivendi Universal concernant la cession de vins et spiritueux de la Seagram à Diegeo et Pernaud Ricard pour 8, 5 millions de dollar, le communiqué précisait « sur une base pro forma au 1^{er} janvier 2001, la société Vivendi Universal sera donc net de dettes pour ses activités communication tout en disposant pour les 2 années qui viennent tant d'un cash libre supérieur à 2 millions d'euros que de la capacité de réaliser certains actif ». Le jugement considère cette information comme fausse au motif que l'endettement de Vivendi Universal communication s'élevait au 1^{er} janvier 2001 à 15 milliards en normes comptables françaises. Les juges ont considéré le directeur financier comme coauteur de l'infraction car « *il a eu un rôle*

déterminant dans l'élaboration de l'information financière du groupe tel qu'il en résulte notamment de certains échanges internes concernant l'élaboration de cette communication »⁶⁵³.

Nous pouvons déduire de cette solution, que la jurisprudence a pris en compte les obligations modernes du directeur financier dans des domaines stratégiques comme la communication financière. Contrairement à la décision de la commission des sanctions qui ne consacre pas l'implication du directeur financier dans la commission de l'infraction, faute de mandat social, le Tribunal se base sur les faits et constate que même en l'absence de mandat de social, le directeur financier est impliqué dans la réalisation des communiqués.

2) L'atténuation apportée à l'implication du directeur financier

387. – Le 11 octobre 2000, le directeur général donnait une interview aux Echos. A cette occasion, il affirmait qu'au 1^{er} janvier 2001, « *la SA Vivendi Universal sera nette de dettes pour ses activités de communications alors que l'endettement de la société s'élève à 12 milliards d'euros* ». Les magistrats ne considèrent pas le directeur financier comme coauteur de ce communiqué. Il considère que « *bien que les informations qu'il a pu fournir à son dirigeant aient certainement orienté le discours de celui-ci, il ne peut être considéré comme coauteur d'un communiqué verbal dont l'auteur disposait de sa liberté de parole* ».

Nous pouvons déduire de cette solution que les magistrats ont eu la volonté de limiter l'implication du directeur financier. Ils estiment qu'il ne peut être coauteur d'un communiqué verbal. Cette solution est critiquable car les questions ainsi bien que les réponses de ces interview sont élaborées à l'avance et il n'y a aucune spontanéité comme semblent le souligner les juges. Le directeur financier impliqué dans l'élaboration des communiqués de la société, l'est sûrement tout autant lors de la préparation des interviews données par l'organe dirigeant.

B Le rejet de la qualification du directeur financier comme auteur

388. – Récemment, la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du Tribunal

⁶⁵³ Tribunal correctionnel de Paris, 11^{ème} chambre, 21 janvier 2011, n° 11/03728 ; F.Stasiak, « Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières », RSC 2012.571 ; Bull.Joly Bourse, avril 2011, p.236, note J.Lasserre-capdeville

correctionnel et a déclaré le directeur financier non coupable du délit de diffusion d'information fausse ou trompeuse⁶⁵⁴ considérant au même titre que la commission des sanctions⁶⁵⁵ que le directeur financier ne détenait aucun mandat social ; que le comité d'administration ne l'avait ni désigné, ni investi de pouvoirs particuliers, n'étant pas lui-même administrateur de la société Vivendi Universal au nom de laquelle les communiqués étaient diffusés. Elle a estimé que « *considérant qu'à défaut d'avoir été désigné par le conseil d'administration ou investi de pouvoirs particuliers, le directeur financier qui n'était pas lui-même administrateur de Vivendi Universal, ne saurait dont être regardé, comme responsable de la communication que hors les cas où il a personnellement été l'auteur de la communication, sa responsabilité ne peut être recherchée en ce domaine alors surtout que c'était le conseil d'administration, auquel les communications de Vivendi Universal étaient soumis, qui les arrêtaient dans leur version définitive et décidaient de leur publication* »

Par cette décision, la Cour d'appel de Paris confirme la décision de la commission des sanctions de l'AMF qui avait écarté la responsabilité du directeur financier dans l'hypothèse où celui-ci n'est qu'un salarié, et qu'il n'est pas titulaire ni d'un mandat social ni d'une délégation de pouvoir. A cet titre, elle énonce « *le directeur financier ne peut répondre que de la communication financière dont il est personnellement l'auteur. Cela suppose qu'il prenne une part active à la communication d'information erronée ou qu'il signe l'attestation du rapport financière* »⁶⁵⁶. Il ne s'agit pas d'une jurisprudence isolée, car la commission des sanctions a eu l'occasion de confirmer cette décision au sein de l'affaire Alstom. Dans cette affaire la responsabilité du Président directeur général, du conseiller du président ainsi que du directeur financier avait été recherchée sur le fondement du manquement de l'information fausse ou trompeuse pour avoir dissimulé la dégradation de la situation financière de la société. La commission des sanctions de l'AMF, n'a pas retenu la responsabilité du directeur financier. Elle relève qu'à l'époque des faits « *il n'avait pas la qualité de dirigeant social, mais celle de salarié, sans intervention indépendante de sa part dans la diffusion externe de la communication de la société* »⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ CA., Paris, 19 mai 2014, n°11/03738., non publié.

⁶⁵⁵ Décision AMF, 3 novembre 2004, M. Jean-Marie Messiers, M. Guillaume Hannezo et société Vivendi Universal.

⁶⁵⁶ P. Clermontel, *Le droit de la communication financière*, Joly éd, 2009, pts.668

⁶⁵⁷ Décision de la commission des sanctions, AMF, 2 déc. 2004, Bilger, Jaffre.

389. – Par ces décisions, la Cour d’appel de Paris ainsi que l’AMF posent deux conditions concernant le champ d’application de l’incrimination d’information fausse ou trompeuse qui exclut toute possibilité de condamnation du directeur financier sur ce fondement. Pour condamner le directeur financier sur ce fondement, les juges exigent que le directeur financier soit qualifié de mandataire social ou qu’il soit investi de pouvoirs spécifiques en matière de comptabilité et de communication financière⁶⁵⁸.

Concernant la première condition évoquée, à savoir la qualification du directeur financier de mandataire social, cette hypothèse exclut le directeur financier d’une condamnation car sa responsabilité serait recherchée sur le fondement de son mandat social et non sur le fondement de ses fonctions de directeur financier. L’affirmation de cette condition par les juges restreint le champ d’application de l’incrimination concernant l’information fausse ou trompeuse aux mandataires sociaux et non « à toute personne » comme énoncé initialement au sein des textes légaux.

Cette restriction du champ d’application est confirmée par la deuxième condition invoquée par les juges. Ils affirment que le directeur financier pourrait être condamné sur le fondement de l’infraction de l’information fausse ou trompeuse dans l’hypothèse où le directeur financier serait titulaire de pouvoirs spécifiques dans le domaine de la comptabilité et de la communication financière lui permettant d’élaborer et de communiquer l’information financière. L’analyse des décisions administratives et pénales révèle que cette condition est inapplicable. Les délégations de pouvoir octroyées au directeur financier concernant le pouvoir de communication ne vont pas produire d’effet c’est-à-dire que les délégations vont être valides mais elles vont être déclarées inefficaces par la jurisprudence. A ce titre, la commission des sanctions a affirmé qu’un dirigeant ne pouvait valablement déléguer la responsabilité de la communication financière à un salarié⁶⁵⁹. Cette décision a été confirmée par la Cour d’appel de Paris à de nombreuses reprises⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Décision de la commission des sanctions, AMF, 3 nov. 2004, M. J-M. Messier, M. G. Hannezo et sociétés Vivendi Universal.

⁶⁵⁹ Décision de la commission des sanctions 7 oct 2008.

⁶⁶⁰ *Infra*, §400.

Ces décisions traduisent une volonté des juges de réserver la responsabilité de certaines obligations aux organes dirigeants et de marquer une limite entre les fonctions du directeur financier et celles de l'organe dirigeant.

II Des qualifications étendues lors du dépassement de ses fonctions

390. – Lorsque certains critères sont établis, le directeur financier va être qualifié de dirigeant de fait (A). Cette qualification entraîne la mise en cause de sa responsabilité en lieu et place du dirigeant (B).

A) La qualification de dirigeant de fait

391. – Selon la doctrine, le dirigeant de fait est celui qui, dépourvu de mandat social, exerce en toute indépendance et souveraineté une activité positive et constante de direction et de gestion⁶⁶¹. Les auteurs distinguent deux catégories de dirigeants de fait, ceux qui interviennent dans la direction de l'entreprise sans aucun lien juridique avec la société et ceux qui détiennent à raison de leur fonction un pouvoir de direction comme c'est le cas du directeur financier.

392. – La qualification de dirigeant de fait suppose de déterminer s'il y a eu dépassement manifeste du seuil normal d'intervention du directeur financier et si son activité est exercée en toute indépendance⁶⁶². Pour constater s'il y a eu dépassement du seuil normal d'intervention, la jurisprudence va tenir compte d'un faisceau d'indices « *qui peuvent manifester l'exercice d'une activité de direction à la participation et à la conduite générale de l'entreprise* »⁶⁶³. La qualification de dirigeant de fait se déduit de certains indices qui se manifestent par une délégation de pouvoir générale, et une rémunération supérieure à celle de l'organe dirigeant.

⁶⁶¹ J-C Rives-Lange, « La notion de directeur financier », D.1975.chron.41.

⁶⁶² CA Rouen, 23 mai 1978, JCP 1979 II. 19235 ; Cass.com., 30 mars 2005, n°03-15.761, inédit.

⁶⁶³ D.Tricot, « les critères de la gestion de fait », dr. et patrimoine. », 1996, p.24.

393. – Afin de déterminer si le directeur financier peut être qualifié de dirigeant de fait, la jurisprudence va analyser si le directeur financier accomplit des obligations de direction de manière indépendante (1), et s’il accomplit une activité positive de gestion (2)⁶⁶⁴.

1) L’accomplissement par le directeur financier d’obligations de direction de manière indépendante

394. – La loi du 24 juillet 1966 précise la notion de dirigeant de fait. Elle affirme que : « *la reconnaissance de la direction de fait suppose l’accomplissement d’une activité qui vise la direction, l’administration ou la gestion de l’entreprise* »⁶⁶⁵.

Le directeur financier, compte tenu de la nature de ses fonctions va être amené à exercer une activité de direction de l’entreprise. La difficulté est de déterminer à partir de quel degré, le directeur financier exerce des fonctions qui vont au-delà de son seuil d’intervention normal. Cette difficulté varie selon que le directeur financier exerce les fonctions d’un directeur financier traditionnel et lorsqu’il exerce les fonctions d’un directeur financier moderne.

395. – Concernant le directeur financier traditionnel. La direction de fait est caractérisée lorsqu’il va exercer des fonctions qui vont au-delà de ses attributions traditionnelles. La jurisprudence précise « *qu’il s’agit de l’immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l’entreprise impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société* »⁶⁶⁶. Cela suppose que le directeur financier soit en mesure de décider du sort commercial et financier de la société. Il doit pouvoir imposer « *ses choix de façon déterminante sur la gestion de l’entreprise* »⁶⁶⁷. Il s’agit notamment pour le directeur financier « *d’aller au-delà de son pouvoir de surveillance et d’exercer un contrôle effectif sur la gestion de l’entreprise* ». ⁶⁶⁸ Par conséquent, l’application de la qualification de dirigeant de fait au

⁶⁶⁴ N. Dedessus-Le-Moustier, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. société. 1997, p.499.

⁶⁶⁵ Art. 478 de la loi du 24 juillet 1966.

⁶⁶⁶ CA, Paris, 11 juin 1987, Bull Joly 1987.719.

⁶⁶⁷ N. Dedessus-Le-Moustier, « La responsabilité du dirigeant de fait », rev.soc 1997, p.499.

⁶⁶⁸ CE du 18 juillet 1973, n°90-059.

directeur financier traditionnel suppose de constater un contrôle effectif sur la gestion de l'entreprise.

396. –Concernant le directeur financier moderne. La détermination du degré à partir duquel il va exercer des fonctions de dirigeant de fait est difficile à déterminer. En effet, le directeur financier moderne exécute des obligations qui se rapprochent de celles d'un dirigeant. Il participe au contrôle interne de la société ainsi qu'à son développement.

La jurisprudence va essentiellement se baser sur le critère de l'indépendance pour qualifier le directeur financier de dirigeant de fait. Cela suppose qu'il ait exercé ses fonctions de direction de manière indépendante sans aucune intervention de l'organe dirigeant. Ce critère peut également se révéler insuffisant car l'exercice de la fonction de directeur financier moderne exige un certain degré d'autonomie. Pour qualifier le directeur financier moderne de dirigeant de fait, la jurisprudence doit donc constater une absence totale de lien de subordination se traduisant par un refus de se conformer aux ordres de la direction. C'est notamment le cas du directeur financier qualifié par la haute juridiction de dirigeant de fait, *« pour avoir conservé pendant plusieurs mois les comptes clos de l'association ainsi que le rapport du commissaire aux comptes en s'opposant à toute intervention du président dans le domaine de la gestion ; s'être investi du pouvoir de procéder seul à la conclusion de nouveaux contrats de travail dont le principe se heurtait aux recommandations du conseil d'administration. La haute juridiction constate le refus du directeur financier de se conformer aux ordres de l'organe dirigeant. Il semble s'être comporté en véritable maître de l'affaire, sans tenir compte des recommandations du conseil d'administration »*⁶⁶⁹.

Par conséquent, l'application de la qualification de dirigeant de fait au directeur financier moderne suppose de constater un contrôle effectif sur la gestion de l'entreprise et une absence totale de lien de subordination.

2) L'accomplissement d'acte positif de gestion

397. –La notion d'accomplissement d'acte positif de gestion a été définie par la jurisprudence. Elle suppose la *« participation active régulière et comportant une prise de*

⁶⁶⁹ J-P., Legros, « Le directeur salarié d'une association qui exerce en toute indépendance des actes positifs de gestion peut être qualifié de dirigeant de fait », Dr. soc., 2009.14. Cass.com., 24 juin 2008, n°07/13.431, inédit, Jurisdata n°2008-044616, BRDA 2008, n°2, p.2.

décision à la conduite générale de l'entreprise »⁶⁷⁰. Sont considérés comme des actes de gestion, le fait pour le directeur financier de s'être porté caution solidaire pour des dettes sociales, d'avoir encaissé des chèques clients sur un compte personnel et d'être en relation directe avec les fournisseurs de la société⁶⁷¹. Dans une autre affaire, la notion d'acte positif de gestion s'est traduite par le fait de poursuivre abusivement une activité déficitaire comme l'illustre l'arrêt de la Cour d'appel qui condamne le directeur financier sur le fondement de la faute de gestion « *pour avoir effectué la poursuite abusive d'une activité déficitaire qui a conduit la société à la cessation des paiements par des manipulations comptables dans le but de dissimuler l'ampleur des pertes afin de permettre le maintien des concours bancaires qui conditionnait la poursuite de l'activité, laquelle a été décidée dans le but pour les gérants de fait et de droit, de pérenniser leurs analyses personnelles au mépris du fait qu'elle ne pouvait que conduire à la cessation des paiements* »⁶⁷².

B) Les effets

398. – Le directeur financier qualifié de dirigeant de fait va être sanctionné de la même manière que l'organe dirigeant⁶⁷³.

Ce constat est notamment illustré par le délit de banqueroute. En effet, l'article L.123-12 du Code de commerce prescrit à toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant de procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise. La chambre criminelle de la Cour de cassation constate que le défaut d'exécution de cette obligation engage la responsabilité de l'organe dirigeant qu'il soit de fait ou de droit⁶⁷⁴.

Par conséquent, le directeur financier risque de voir sa responsabilité engagée sur les mêmes fondements que l'organe dirigeant s'il outrepassé ses fonctions financières et exerce des actes positifs de gestion réservés à l'organe dirigeant.

⁶⁷⁰ Conseil constitutionnel, 18 octobre 1977, revue société 1578.107.

⁶⁷¹ Cass.crim. 19 décembre 1994, n°94-81.822.

⁶⁷² CA., Douai, 15 mai 2008, n°05/01774.

⁶⁷³ Sous la direction de H. Matsopoulou, C.Mascala, « dirigeant de fait » Le lamy, dr. pénal des aff., 2014, pts 2328.

⁶⁷⁴ Cass.crim., 6 déc.1993, n°93-81.475, *Bull crim* n°370.

Paragraphe II Le directeur financier délégataire

399. – Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 11 mars 1993, ont permis d'étendre l'efficacité des délégations de pouvoirs aux domaines économiques. Désormais l'efficacité des délégations de pouvoirs est admise dans différents domaines comme la prévention de la pollution, la publicité mensongère, la contrefaçon ou encore la publicité de nature à induire en erreur. Cette étendue aux domaines économiques aurait dû permettre à l'organe dirigeant de se décharger de sa responsabilité au profit du directeur financier dans de nombreux domaines selon que celui-ci exécute des obligations traditionnelles ou modernes. Toutefois, certains pouvoirs proviennent de l'essence même de l'organe dirigeant et, à ce titre, ils ne peuvent être délégués efficacement aux directeurs financiers. Certains auteurs affirment « *qu'il existerait un irréductible pouvoir de direction échappant à toute délégation de pouvoirs* »⁶⁷⁵, « *les décisions de portée générale relèvent des attributions des chefs d'entreprise qui doit en assurer logiquement les conséquences* »⁶⁷⁶. Pour ces auteurs, il existerait un pouvoir d'administration générale, ne serait-ce que pour consentir des délégations et s'assurer que le délégataire ne sort pas de ses attributions et respecte l'objet de la délégation de pouvoir.

Aucune loi ne définit explicitement cet irréductible pouvoir de direction relatif à l'administration générale de la société. Une étude des décisions de jurisprudence, nous a permis de constater que deux catégories de pouvoirs ne pouvaient pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir efficace.

Il s'agit principalement des pouvoirs concernant l'information financière (I) et les pouvoirs nécessaires à l'exécution des obligations fiscales (II).

I L'inefficacité des délégations de pouvoir concernant l'information financière

400. – Cette inefficacité résulte des dispositions légales qui visent l'imputation exclusive du délit à l'organe dirigeant. Cette imputation concerne l'ensemble des obligations relatives à la publication de l'information financière. Le législateur considère que ces obligations incombent personnellement à l'organe dirigeant car l'essence de ses fonctions exige qu'il prenne les décisions d'administration générale. La jurisprudence a confirmé cette

⁶⁷⁵ Sous la direction de H. Matsopoulou, C. Mascala, Le lamy de droit pénal des affaires, éd Wolters kluwer France, 2014, pts 123 « dirigeant de fait ».

⁶⁷⁶ E. Dreyer., « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », D.2004.p.937.

imputation exclusive à l'organe dirigeant en déclarant les délégations de pouvoirs dans ce domaine inefficaces. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté la possibilité pour l'organe dirigeant « *de déléguer l'obligation qui lui incombe à titre personnel de veiller à la publicité des informations financières prescrites par la loi* »⁶⁷⁷.

Cette inefficacité est justifiée par le fait « *qu'il s'agit d'obligations destinées à assurer l'exacte information des associés et du public, qui relèvent des pouvoirs d'administration générale exercés par les mandataires sociaux* »⁶⁷⁸. Cette solution n'est pas limitée à la publication des comptes annuels, elle doit être étendue à l'ensemble des communications effectuées par la société notamment aux déclarations de franchissement des seuils⁶⁷⁹. La Cour de cassation a déclaré cette délégation de pouvoir inefficace.⁶⁸⁰ Dans cette affaire, le dirigeant avait tenté de s'exonérer de sa responsabilité engagée pour ne pas avoir effectué une déclaration de franchissement des seuils à la baisse en affirmant qu'il avait délégué à son directeur financier cette obligation. Le jugement rendu par le tribunal, confirmé par l'arrêt de la Cour rejette ce moyen de défense en invoquant le fait « *qu'il s'agit d'une décision grave et qu'il était exclu que le directeur financier de la société ait pu prendre seul une telle décision sans l'accord du président* »⁶⁸¹. Par conséquent, l'obligation de franchissement des seuils ainsi que la publication de l'information financière ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation de pouvoirs au profit du directeur financier car il s'agit d'une obligation résultant de l'administration générale de l'organe dirigeant et donc de l'essence de sa fonction.

401. – L'inefficacité des délégations de pouvoir concerne également les dispositions légales qui ne visent pas l'imputation exclusive de l'incrimination à l'organe dirigeant. Il

⁶⁷⁷ Cass.crim., 15 mai 1974, n°73-92.401, *Bull.crim.*, n°176

⁶⁷⁸ H. Matsopoulou, La délégation de pouvoirs dans l'entreprise : nécessité et danger, *rev.Lamy dr. aff.* 2012, Colloque Dijon 2012, « le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs ».

⁶⁷⁹ L'article 356-1 de la loi du 24 juillet 1966 fait obligation à « toute personne physique ou morale, agissant seule ou de concert, qui vient à posséder un nombre d'action représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital d'une société ayant son siège sur le territoire de la République et dont les actions sont inscrites à la côte officielle ou du second marché ou au hors côte d'une bourse de valeurs » d'informer cette société, dans un délai de quinze jours à compter du franchissement du seuil du nombre total d'actions qu'elle possède » ; art. L.233-12 du Code de commerce ; art.L.247-2 V du Code de commerce.

⁶⁸⁰ CA. Paris, 15 mars 1993 ; Tribunal de commerce de Paris, 11^{ème} chambre, 30 juin 1992, RJDA 5/93 n°480, Y.Reinhard, « Non déclaration de franchissement des seuils », *RTD.Com.*, 1993, p.113.

⁶⁸¹ CA. Paris, 30 novembre 1994, Bernard Tapie c/ Agent de justice du trésor, Bulletin Joly Bourse 01/01/1995, n°1, p.31, note sous arrêt, N. Decoopman, « De l'inefficacité de la délégation de pouvoirs en matière d'information du public ».

s'agit notamment des dispositions relatives à la diffusion d'une information fausse ou trompeuse. Le champ d'application de l'incrimination est volontairement large car il vise « *toute personne ayant participé à l'élaboration et à la communication de celle-ci* ». Malgré le constat d'une imputation non exclusive à l'organe dirigeant. Les juges du fond considèrent qu'il s'agit d'obligations personnelles de l'organe dirigeant insusceptibles de faire l'objet d'une délégation de pouvoir efficace⁶⁸². Dans cette affaire, une société avait émis un emprunt obligataire de 100 millions de francs. Comme l'exigeaient les anciennes dispositions de la COB, M.T, le Président directeur général devait établir une note d'information. Selon ce document, l'emprunt avait pour objet de financer l'acquisition d'une nouvelle société pour un prix compris entre 45 et 120 millions de francs. Or un mois après ladite parution, l'acquisition de la société fut réalisée pour un euro. Le PDG a été poursuivi pour ne pas avoir respecté les obligations présentes au sein de l'article 3 du règlement 90-02 relatif à l'information du public et a été condamné à une amende pénale de 1 million de francs. Le PDG a contesté cette décision devant la Cour d'appel. Il invoquait l'exonération de sa responsabilité en raison de la délégation de pouvoir qu'il avait consentie concernant la gestion des participations de son groupe. La Cour a rejeté ces arguments, elle estimait « *que cette délégation de pouvoir ne saurait l'exonérer de son obligation de veiller à la qualité des informations diffusées par la société* ».

402. – Cette solution a par la suite été confirmée par une autre décision de la Cour d'appel de Paris. Dans cette affaire, une société avait mis ses actions à la négociation sur le marché⁶⁸³. Suite à des opérations inhabituelles concernant l'enregistrement d'opérations, le secrétaire général de l'AMF a décidé d'ouvrir une enquête sur le marché du titre ainsi que sur l'information financière. Lors d'une décision du 4 octobre 2007, la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers, a pour manquement à l'obligation d'information du public et manquement d'initié, prononcé une sanction pécuniaire de 50 000 euros contre le Président de la société. Le président a interjeté appel de la décision de l'AMF devant la Cour d'appel de Paris affirmant qu'il n'était pas l'auteur des communications financières. Cette mission avait été conférée à une équipe spéciale sous l'autorité du directeur financier.

La Cour d'appel a rejeté les arguments évoqués par le président. Pour les juges du fond, « *le dirigeant d'une société, par ses fonctions même, est supposé maîtriser la*

⁶⁸³ CA, Paris du 7 octobre 2008, n°08/01096

communication financière. Lorsqu'une information inexacte, imprécise ou trompeuse, au sens de l'article 632-1 du Code monétaire et financier est communiquée par un émetteur, son dirigeant doit en répondre à moins qu'il ne démontre que des circonstances particulières l'ont privé de l'exécution total ou partiel de ces fonctions justifiant qu'il est ignoré le caractère fallacieux, tel n'est pas le cas d'une délégation de pouvoirs qui ne saurait autoriser un dirigeant à se désintéresser totalement de la communication financière de la société et qui, dès lors, ne peut l'affranchir de la responsabilité qui lui incombe au titre de cette dernière »⁶⁸⁴. Le dirigeant ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité sur le fondement d'une convention conclue avec son directeur général délégué transmettant l'ensemble de ses pouvoirs relatifs à la communication financière⁶⁸⁵.

Par ces arrêts, la Cour affirme qu'il existe des délégations de pouvoirs inefficaces notamment en matière d'obligation d'information des actionnaires et du public. La haute juridiction avait déjà eu l'occasion de débattre de l'efficacité de ces délégations de pouvoirs. Elle avait affirmé dans un ancien arrêt *« qu'il incombait personnellement à l'organe dirigeant de veiller à la qualité des informations diffusées sur la société car il s'agit d'une obligation personnelle de l'organe dirigeant, et aucune délégation de pouvoirs ne saurait l'en décharger »*⁶⁸⁶.

403. – Compte tenu de ces décisions jurisprudentielles, il semble que les magistrats aient voulu établir un fondement juridique de l'inefficacité des délégations de pouvoirs. Ce fondement repose sur le fait que les fonctions de l'organe dirigeant exigent qu'il maîtrise la communication financière, et il ne peut déléguer efficacement ces obligations au directeur financier car l'absence de cette obligation viderait la fonction de son essence. Il serait considéré comme un homme de paille.

Ce fondement est également justifié par le fait qu'il ne s'agit pas de simples formalités mais d'une obligation fondamentale destinée à assurer l'information et l'égalité des opérateurs. Cette position va à l'encontre des décisions jurisprudentielles établies par la Cour de cassation⁶⁸⁷. Au sein de cinq décisions, celle-ci avait constaté l'efficacité d'une délégation de pouvoir sauf dans les cas où la loi l'interdit. Or, aucune disposition légale, n'interdit une

⁶⁸⁴ CA., Paris du 7 octobre 2008, n°08/01096

⁶⁸⁵ Th. Bonneau, note sous arrêt, CA.Paris, 13 sept. 2005 n°2005/07262, *Dr. Soc.*, fév.2006, p.26

⁶⁸⁶ Y. Reinhard, note sous arrêt, Cass.com., 15 mars 1994, *Bull.crim*, D.1995, p.30

⁶⁸⁷ Cass.crim., 11 mars 1993

délégation de pouvoirs en matière financière. Selon les décisions établies par la jurisprudence, l'organe dirigeant devrait pouvoir déléguer efficacement à un directeur financier sa responsabilité pénale et administrative concernant la communication financière. En ce sens, elle est donc critiquable. Toutefois, il faut souligner, que le mécanisme de la délégation de pouvoirs est une création prétorienne, par conséquent, il convient aux juges de fixer le cadre et les limites de ce mécanisme. A ce titre, ils peuvent exclure les délégations de pouvoirs de certains domaines.

II) L'efficacité relative des délégations de pouvoir en matière fiscale

404. –La jurisprudence a admis dans un premier temps l'efficacité des délégations de pouvoirs dans le domaine fiscal (A). Dans un deuxième temps, elle semble exclure cette efficacité lorsque la fraude fiscale est d'une gravité particulière (B).

A) L'efficacité constatée des délégations de pouvoirs en matière fiscale

405. –Dans la ligne droite des arrêts de 1993, la haute juridiction a admis l'efficacité des délégations de pouvoirs dans le domaine fiscal. A ce titre, elle a affirmé, « *un dirigeant poursuivi en tant que débiteur solidaire, sur le fondement de l'article L.267 du livre des procédures fiscales peut s'exonérer de sa responsabilité solidaire dès lors qu'il a délégué le pouvoir d'établir les délégations fiscales à son directeur financier* »⁶⁸⁸. Dans cette affaire, le gérant de la société avait délégué au directeur financier le pouvoir de payer en qualité de débiteur solidaire les impositions dues par la société. Des irrégularités ont été constatées au sein de la déclaration de taxes sur le chiffre d'affaires. L'administration fiscale a décidé de poursuivre le gérant de la société pour déclaration de taxes sur le chiffre d'affaires inexacte. Pour s'exonérer de sa responsabilité, le gérant a invoqué la délégation de pouvoir consenti à son directeur financier. Les juges du fond ont estimé que le gérant ne pouvait pas se prévaloir de cette délégation de pouvoir et que « *les infractions dont il s'agit sont directement imputables, du seul fait de ses fonctions, au gérant de droit, à qui il appartient de faire en sorte que soient déposées des déclarations de taxes que le chiffre d'affaires exactes* »⁶⁸⁹. La Cour de cassation affirme que la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, et « *qu'elle aurait dû rechercher, comme elle y était invité par l'exposant dans les conclusions d'appel, si les pouvoirs du directeur financier n'étaient pas de nature à l'exonérer de sa responsabilité solidaire* ».

⁶⁸⁸Cass.com. fin. Eco., 3 mars 2004, n°02-14.882.

⁶⁸⁹ Cass.com. fin. Eco., 3 mars 2004, n°02-14.882.

Nous pouvons déduire de cet arrêt, que la Cour semble admettre l'efficacité des délégations de pouvoirs octroyées par l'organe dirigeant au directeur financier dans le domaine fiscal. Pourtant quelques mois plus tard, la Cour de cassation adopte une solution apposée⁶⁹⁰ traduisant une volonté de limiter l'efficacité des délégations de pouvoir, dans le domaine sensible de la fiscalité.

B) L'efficacité contestée des délégations de pouvoirs en matière fiscale

406. –Récemment, la haute juridiction a manifesté sa volonté de restreindre l'efficacité des délégations de pouvoirs en matière fiscale (1). La jurisprudence semble déterminer l'efficacité de la délégation de pouvoir en fonction de la gravité des manquements (2).

1) L'inefficacité des délégations de pouvoirs en matière fiscale

407. –Pour affirmer qu'une délégation de pouvoirs concernant les obligations fiscales est inefficace, la jurisprudence constate que l'organe dirigeant reste l'auteur intellectuel et matériel des obligations fiscales (a), et elle se livre à une interprétation restrictive de la délégation de pouvoirs en matière fiscale (b).

a) L'organe dirigeant, auteur intellectuel et matériel des obligations fiscales

408. –La Haute juridiction a constaté l'inefficacité d'une délégation de pouvoir consentie à un expert-comptable concernant les déclarations de TVA considérant que l'organe dirigeant restait l'auteur intellectuel et matériel des obligations fiscales⁶⁹¹. Cette décision est applicable au directeur financier compte tenu de la proximité de ses fonctions avec celles d'un expert-comptable.

Dans cette affaire, le gérant avait été condamné par la Cour d'appel sur le fondement du délit de fraude fiscale pour minoration de la TVA. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, il invoquait une délégation de pouvoir au profit d'un cabinet d'expertise comptable concernant l'établissement et la signature des déclarations fiscales relatives à la TVA. Les juges du fond dont les arguments ont été confirmés par la Cour de cassation affirment « *que le*

⁶⁹⁰ Cass.crim., 6 oct. 2004, n°03-86.643, inédit.

⁶⁹¹ Cass.crim., 6 oct. 2004, n°03-86.643.

prévenu, dont il n'est pas contesté, qu'il n'a pas pris part à l'établissement de la déclaration fiscale rédigée par l'expert-comptable de la société en restait l'auteur intellectuel et matériel ».

En confirmant la solution de la Cour d'appel, la Cour de cassation a souhaité apporter certaines limites dans des domaines sensibles comme les obligations fiscales. Elle a considéré que le dirigeant reste l'auteur matériel et intellectuel des déclarations. Cela revient à affirmer que l'établissement des déclarations résulte de l'essence de la fonction du dirigeant et que par conséquent la délégation de pouvoir octroyée au directeur financier est inefficace.

b L'interprétation restrictive des délégations de pouvoirs

409. – Afin de rendre la délégation de pouvoir concernant les obligations fiscales inefficace, la Cour de cassation se livre à une interprétation stricte de la délégation de pouvoir. Cette solution est illustrée par un arrêt du 23 mai 2007. Dans cette affaire, le gérant d'une société avait délégué à son directeur financier le pouvoir « *d'exécuter toutes les démarches afférentes à la gestion de l'entreprise dans les domaines suivants : comptable, fiscal, social et juridique* ». De graves irrégularités concernant l'obtention abusive de crédits de remboursement TVA ont été constatées lors d'un contrôle fiscal. L'administration fiscale, sur avis conforme de la commission des infractions boursières a décidé de poursuivre le dirigeant pour fraude fiscale. Pour s'exonérer de sa responsabilité, le dirigeant invoquait la délégation de pouvoirs octroyée au profit du directeur financier. Les juges du fond ont estimé que la délégation de pouvoirs n'était pas valable. Ils ont motivé leur décision sur deux fondements. Tout d'abord, ils ont constaté que la délégation de pouvoirs n'avait pas été « *expressément acceptée* ». Puis, les démarches confiées au directeur financier consistaient en « *des actes de relation, de discussion, de recherche d'information* » excluant toute idée de transfert « *de responsabilité juridique des violations des règles comptables et des autres obligations juridiques* ».

La Cour de cassation a confirmé la solution avancée par les juges du fond : « *Attendu que, pour dire le prévenu coupable des faits qui lui sont reprochés, l'arrêt énonce que la délégation de pouvoirs invoquée, qui n'a pas été expressément acceptée, est relative à l'accomplissement de démarches se rapprochant à des actes de relations, de discussion, recherche d'information voire de conseils ; que les juges ajoutent qu'elle est très limitée dans son champ d'application et qu'elle n'a pas de valeur comme délégation de pouvoirs effective, de nature à permettre au prévenu d'éluder sa propre responsabilité ; Attendu qu'en l'état de*

ces énonciations, et dès lors que la réalité et la portée d'une délégation de pouvoir relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour d'appel a justifié sa décision »⁶⁹².

Par sa décision du 23 mai 2007, la Cour de cassation refuse d'admettre l'efficacité des délégations de pouvoirs en matière fiscale. Pour arriver à ses fins, elle donne une interprétation *a minima* de la délégation de pouvoir⁶⁹³. Un auteur soupçonne la Cour de dénaturer l'intention des parties. Il s'interroge « sur la singularité des motifs invoqués par la Cour d'appel »⁶⁹⁴. Il souligne « *qu'il fallait un certain goût du paradoxe pour affirmer sans sourciller que la délégation de pouvoir octroyée au directeur financier pour effectuer toutes démarches afférentes à la gestion dans l'ensemble des domaines comptable, fiscal, social et juridique était très limitée dans champ d'application* »⁶⁹⁵. Cette présentation « singulière et réductrice »⁶⁹⁶ de la délégation de pouvoir démontre la volonté de la Cour de condamner l'efficacité de la délégation de pouvoirs en matière pénale.

Au regard des différentes décisions ci-après exposées, il est constaté que l'efficacité de la délégation de pouvoirs octroyée au directeur financier en matière d'obligations fiscales est contestée. La Cour de cassation considère ces obligations comme relevant de l'essence des fonctions de dirigeant.

2) L'appréciation de l'efficacité de la délégation de pouvoir en fonction de la gravité des manquements

410. –L'analyse des décisions de jurisprudence⁶⁹⁷ nous permet de déduire qu'elle semble apprécier l'efficacité de la délégation de pouvoirs en matière fiscale en fonction de la gravité des manquements. En effet pour les mêmes faits, à savoir, le constat d'irrégularité de la déclaration sur le chiffre d'affaires, la haute juridiction adopte deux décisions opposées à

⁶⁹² Cass.crim., 23 mai 2007, n°06-87.590, *Bull.cim* n°138, *RTD.com*, 2008.198 note sous arrêt, B.Bouloc., *A.J.pénal*, 2007.380, note sous arrêt, G.Royer ; H.Matsopoulou, « Les effets d'une délégation de pouvoirs en matière de fraude fiscale », *RSC*, 2008, p.615.

⁶⁹³ D.Chilstein, « La délégation de pouvoirs est-elle de nature contractuelle ? », note sous arrêt du 23 mai 2007, n°66-87.590, *Bull Joly société*, 1^{er} nov. 2007, n°11, p.1256.

⁶⁹⁴ *Idem*.

⁶⁹⁵ *Idem*.

⁶⁹⁶ *Idem*.

⁶⁹⁷ Cass.crim., 6 oct.2004, n°03-86.643, inédit ; Cass.com.fin.éco., 3 mars 2004, n°02-14.882.

quelques mois d'intervalle.

Dans la première affaire⁶⁹⁸, la chambre commerciale, « *reproche au juges du fond ne pas avoir recherchée comme elle y était invitée, si les pouvoirs du directeur financier n'étaient pas de nature à exonérer l'organe dirigeant de sa responsabilité solidaire* ». Par cette décision, elle semble admettre l'efficacité d'une délégation de pouvoir dans le domaine fiscal. Pourtant quelques mois plus tard, elle adopte une décision opposée⁶⁹⁹, affirmant que la délégation de pouvoir en matière fiscale était inefficace car l'organe dirigeant restait l'auteur matériel et moral des déclarations.

411. – Il convient de s'interroger sur l'appréciation par la jurisprudence de la délégation de pouvoir en matière fiscale. L'analyse des décisions, nous permet de déduire que la Cour semble prendre en compte dans l'appréciation de l'efficacité de la délégation, la gravité des manquements et notamment la sanction appliquée. En effet, dans le premier arrêt, la Chambre commerciale adopte une position extensive de la délégation de pouvoir en matière fiscale. Cette position semble être justifiée par les manquements modérés de l'organe dirigeant qui ne donnent pas lieu à une peine de prison. L'organe dirigeant est seulement condamné à payer la somme de 5604, 62 € auprès du Trésor public.

Dans le deuxième arrêt, la Cour de cassation adopte une position restrictive de la délégation de pouvoir en matière fiscale. Cette position semble justifiée par la gravité des manquements de l'organe dirigeant qui donnent lieu à une condamnation de 15 mois d'emprisonnement et à 15.000 € d'amende.

Compte tenu de ces décisions, la Cour semble admettre l'efficacité de la délégation en matière fiscale lorsque la sanction ne revêt pas un degré de gravité conséquent. Il convient de s'interroger sur ce degré de gravité et de déterminer à partir de quel degré, la délégation de pouvoirs sera inefficace. Au regard des décisions précitées, il semblerait que l'inefficacité de la délégation de pouvoirs en matière fiscale est avérée lorsque la sanction comporte une peine de prison, cela induit que les manquements ont un degré de gravité suffisant.

⁶⁹⁸ Cass.com.fin.éco., 3 mars 2004, n°02-14.882.

⁶⁹⁹ Cass. crim., 6 oct.2004, n°03-86.643.

Section II Une responsabilité présumée par la connaissance des irrégularités

412. – Les infractions intentionnelles, dans la catégorie desquelles rentrent la plupart des malversations comptables ne sont punissables que si l'intention est établie⁷⁰⁰. La condamnation du directeur financier exige une action ou une abstention ainsi qu'une volonté de celui-ci de commettre un acte délictueux. L'appréciation de l'élément intentionnel suppose en principe de constater l'existence d'un dol général, la jurisprudence excluant l'exigence d'un dol spécial⁷⁰¹. Le dol général se traduit par la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi⁷⁰².

Toutefois, la jurisprudence va s'affranchir de la preuve de cet élément intentionnel. Elle va présumer l'intention du directeur financier. Elle fonde cette présomption sur les fonctions et les connaissances du directeur financier.

Cette présomption de l'intention du directeur financier est constatée principalement pour deux catégories de malversations à savoir lors de l'utilisation frauduleuse d'une information privilégiée (**paragraphe I**) ainsi que lors de la manipulation de l'information comptable (**paragraphe II**).

Paragraphe I La présomption de connaissance de l'information privilégiée

413. – Le directeur financier au même titre que les dirigeants titulaires d'un mandat social est susceptible d'être poursuivi pour un délit et un manquement d'initié. Il s'agit ici de démontrer que la jurisprudence apprécie sévèrement la responsabilité du directeur financier, de la même manière qu'elle apprécie celle des représentants légaux.

Compte tenu de ses fonctions, la connaissance par le directeur financier de l'information privilégiée est présumée. Il convient de déterminer quels sont les critères de

⁷⁰⁰ B. Boulloc, *Droit pénal général*, 23^{ème} éd. Dalloz, 2013, pts 280

⁷⁰¹ T.G.I., Paris, 19 dec.1975, JCP, 1976, G, II, 18329, note A.Tunc.

⁷⁰² B. Boulloc, *Droit pénal général*, 23^{ème} éd. Dalloz, 2013, pts.266.

cette présomption de connaissance (I) et de constater les récentes limites rappelées par la jurisprudence européenne (II).

I Les conditions de la présomption de connaissance

414. – La jurisprudence établit une présomption de connaissance à l'égard des initiés primaires. Elle déduit de leur accès à une information privilégiée lors de l'exécution de leur fonction (A) une présomption d'utilisation de l'information privilégiée (B).

A) La présomption de connaissance de l'information privilégiée

415. – Cette présomption de connaissance est appliquée par la jurisprudence à l'égard de certaines personnes qu'elle qualifie d'initiés primaires. Il s'agit ici de déterminer si le directeur financier est susceptible d'être qualifié d'initié primaire.

La définition de la notion d'initié s'impose. Aucune définition juridique ne définit expressément ce terme. Le Littré le définit comme « celui qui sait le secret des affaires ». Appliqué au droit des affaires, doit être qualifié d'initié *« celui qui a connaissance d'une information privilégiée c'est-à-dire d'une information, selon les critères posées par l'AMF, sensibles, précises et confidentielles »*⁷⁰³.

416. – Les dispositions légales, notamment l'article L.465-1 du Code monétaire et financier distingue plusieurs catégories d'initiés. L'alinéa 1^{er} mentionne « les initiés primaires », à savoir les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L.225-109 du Code de commerce, c'est à dire « *le président, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques exerçant dans cette société les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance et les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions* ». Le second cercle d'initiés est dénommé initiés de fait, initiés de seconde main, ou encore initiés par occasion⁷⁰⁴ sont définis par l'article L.465-1 du Code monétaire et financier comme « *toute personne disposant d'information privilégiée à l'occasion de l'exercice de sa profession ou de ses fonctions* ». Alors que la première catégorie est explicite, la détermination des initiés secondaires exige une appréciation de la jurisprudence au cas par cas. La jurisprudence a considéré comme initié secondaire, le secrétaire général, le banquier, le journaliste financier et le directeur

⁷⁰³ Art.621-1 du règlement général de l'AMF.

⁷⁰⁴ J-H. Robert, H. Mastopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, éd.Puf droit fondamental, 2004, pts 276.

financier⁷⁰⁵. En troisième lieu, l'article l'alinéa 3 de l'article L.465-1 du Code monétaire et financier vise « toute personne » possédant une information privilégiée, ce qui permet d'atteindre tous ceux qui n'entrent pas dans les prévisions des deux alinéas précédents.

Cette qualification qui a été par ailleurs vivement contestée pour son imprécision n'est pas adaptée au directeur financier. Selon la jurisprudence, le directeur financier serait un initié de seconde main, ou autrement dit un initié « par occasion ». Cette qualification est inexacte. Le directeur financier a, au même titre que l'organe dirigeant, voire parfois avant l'organe dirigeant, connaissance d'une information privilégiée. Afin de démontrer cette connaissance de l'information par le directeur financier il s'agit de définir la notion d'information privilégiée et de constater que le directeur financier a accès de manière permanente à cette information.

417. – La notion d'information privilégiée n'est définie par aucun texte. Selon un auteur, il s'agit d'un renseignement présentant un minimum de précision⁷⁰⁶. L'information privilégiée se caractérise par son objet et par sa qualité.

Concernant son objet, la loi du 23 décembre 1970, instituant le délit d'initié indiquait que les informations devaient porter sur « *la marche technique, commerciale et financière de l'entreprise d'une société* ». La formule a été jugée trop étroite, le législateur a jugé utile de l'élargir⁷⁰⁷. Actuellement, l'article L.465-1 du Code monétaire et financier énonce, l'information privilégiée doit porter sur les « *perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur le marché réglementé* » ou sur « *les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé* ». L'objet de l'information va donc concerner l'ensemble des événements touchant directement ou indirectement à la vie d'un émetteur de produits admis sur un marché réglementé⁷⁰⁸. Il s'agit des actions, et autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote, des titres de créance, des

⁷⁰⁵ J.Lasserre Capdeville, « le délit d'initié modelée par les juges », *AJ, Pénal* 2011, p.58 ; Pour la qualification du directeur financier comme initié, TGI Paris, 19 oct.1976, *JCP*.1977.II.18543, note A.Tunc ; Pour la qualification du banquier comme initié, cass.crim., 26 juin 1995, n°93-81.646, *Bull.crim.*, n°223 ; Pour la qualification du secrétaire général comme initié, TGI, Paris, 17 mars 1976, *JCP*.II.18496, note A.Tunc ; Pour la qualification du journaliste financier comme initié, TGI, Paris, 12 mai 1976, *JCP*.1976.II.18496, note A.Tunc.

⁷⁰⁶ M.Giacopelli, *Rep.pénal*, V° *Délit et manquement d'initié*.

⁷⁰⁷ M.Giacopelli, *Rep. Pénal*, V° *Délit et manquement d'initié*.

⁷⁰⁸ N. Rontchevsky, Instruments financiers et délits boursiers, in Actes du colloque de Reims, 9 janv. 2002, l'utilité de la notion d'instrument financier, *PA*, 28 mars 2002, n°63, p.25.

parts ou actions d'organismes de placements collectifs et des instruments financiers à terme⁷⁰⁹. Ces titres doivent avoir été admis sur le marché réglementé.

Concernant les qualités de l'information financière privilégiée. La loi ne définit pas précisément les critères relatifs à l'information privilégiée. Ces critères ont été déterminés par la jurisprudence. A ce titre, la Cour de cassation énonce qu'il s'agit « *d'une information précise, confidentielle et de nature à influencer sur le cours des valeurs* »⁷¹⁰. L'autorité des marchés financiers complète ces critères, « *est privilégiée l'information qui serait susceptible d'avoir une influence sensible* ». Par l'introduction de cette notion au sein de l'article 621-1, al.3 du règlement général, l'AMF semble restreindre le champ d'application de l'information privilégiée. En effet, l'ancien règlement du COB faisait référence à une simple « *incidence sur le cours* »⁷¹¹ alors que le règlement mentionne une information sensible. Contrairement, à la notion d'« incidence sur le cours », il est difficile de concevoir ce que peut être une information sensible tant le terme est imprécis. Elle est d'autant plus complexe que le seuil de sensibilité se conçoit de façon différente selon le type d'instrument financier en cause et selon le marché⁷¹².

L'objectif ici, est de démontrer que le directeur financier a accès du fait de ses fonctions à des informations précises (1), confidentielles (2) et sensibles de nature à influencer sur le cours (3). Il s'agit également de constater que cette connaissance n'est pas occasionnelle comme semble le suggérer la jurisprudence et ainsi de conclure qu'il doit être qualifié d'initié primaire au même titre que l'organe dirigeant.

1) L'accès à une information précise

418. – Le directeur financier a accès à des informations précises. La notion d'information précise a été définie par l'article 742-1 alinéa 2 du Règlement général de l'AMF « *une information est réputée précise si elle fait mention d'un ensemble de*

⁷⁰⁹ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5ème éd. Dalloz, 2003, pts 124.

⁷¹⁰ Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.453, *Bull. crim.* N° 178 ; Dr. soc. 2006. 132, note R. Salomon ; *AJ pénal*, 2006. p.364, note G. Royer ;

⁷¹¹ Art. 1er du règlement COB 90-08 : « le terme « information privilégiée » signifie une information (...) qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur le cours de la valeur, du contrat ou du produit financier concerné ».

⁷¹² A. Dethomas, « L'évolution du manquement d'initié » ; *D.*2005 p.705.

circonstances ou d'un évènement qui est susceptible de se produire et s'il est possible, d'en tirer une conclusion quant à l'effet possible de ces circonstances ou de cet évènement sur le cours des instruments financiers concernés ou des instruments financiers qui leur sont liés ». La jurisprudence qualifie d'information précise « *la préparation d'une offre publique d'achat* »⁷¹³, « *la connaissance de lourdes pertes enregistrées par la société* »⁷¹⁴, « *un maintien du cours après un changement de contrôle* ». Compte tenu de ses fonctions, le directeur financier détient des informations privilégiées et précises. En effet, le directeur financier analyse la situation financière de l'entreprise. Pour cela, il peut être amené à élaborer des tableaux de bord. Dans une décision, la commission des sanctions a précisé « *que les tableaux de bord mensuels, qui suivent l'évolution du chiffre d'affaires réalisé ainsi que la marge, constituent des informations précises sur la progression du chiffre d'affaires par rapport aux prévisions* »⁷¹⁵. Par conséquent, le directeur financier est susceptible de détenir des informations précises.

Egalement, du fait de ses fonctions, le directeur financier notamment le directeur financier moderne a connaissance des projets de développement de la société⁷¹⁶. La connaissance par le directeur financier de projets en cours pourra être qualifiée d'information précise même si la réalisation du projet est aléatoire. Le projet doit avoir une réalité concrète. Le caractère précis de l'information n'exige nullement la certitude de celui-ci⁷¹⁷. A ce titre, la commission des sanctions énonce « *la connaissance d'un projet d'OPA ayant abouti à une offre indicative non engageante constitue une information privilégiée précise* »⁷¹⁸.

2) L'accès à une information confidentielle

⁷¹³ Cass.crim., 26 oct.1995, affaire Pechiney-Triangle, Bull, n°324 ; T.G.I., Paris, 29 oct.1975, D.1976, 53, note Delmas-Marty.

⁷¹⁴ Cass.crim., 15 mai 1997, n°96-80.399, inédit ; note sous arrêt, B.Bouloc, « Délit d'information trompeuses sur la situation de la société et délit d'initié », Rev .sociétés 1998, 135.

⁷¹⁶ « Pour qu'une information présente un caractère privilégié, il n'est pas nécessaire qu'elle soit certaine mais seulement précise ». COB, n°339, oct.1999.

⁷¹⁷ J-H., Robert. H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, éd Puf, droit fondamental, 2004, pts.277

⁷¹⁸ Décision de la Commission des sanctions du 28 sept. 2012 à l'égard de MM. Hanif LALANI, Alykhan LALANI, Kavir HANDA, Alfeen ESMail, Mukesh VALABHJI, de Mme Parvin ESMail et de la société INTOUCH INVESTMENTS, Référence : SAN-2012-16, publiée le 2 octobre 2012.

419. – Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier a connaissance d'une information privilégiée confidentielle. Ce critère suppose qu'elle n'est connue que d'un cercle très restreint de personne⁷¹⁹. C'est la diffusion auprès du public qui fait disparaître son caractère confidentiel. La notion de diffusion doit être entendue strictement, il s'agit d'une publication selon les formalités légales propres au droit d'information des actionnaires⁷²⁰. Lors de ses fonctions, le directeur financier a accès à des informations confidentielles qui ne sont pas publiées ou qui sont sur le point de l'être, il s'agit par exemple de projets de cession d'action.

3) L'accès à une information sensible de nature à influencer sur le cours

420. – Le directeur financier a également accès du fait de ses fonctions à une information sensible. Les informations financières détenues par le directeur financier sont sensibles par nature. Il s'agit par exemple des informations relatives à la rentabilité de l'émetteur qui sont par essence, sensibles car elles sont nécessairement prises en compte par un investisseur raisonnable. Cette information sensible peut se traduire également par la connaissance des éventuelles irrégularités concernant le chiffre d'affaires. Ces informations constituent de par leur nature des informations sensibles car elles révèlent aux investisseurs que les résultats réalisés étaient moins bons que ceux annoncés.

421. – Ces informations sensibles et précises doivent être de nature à influencer sur le cours. Ce critère n'impose pas que l'incidence sur le cours puisse être préalablement chiffrée ou quantifiée. Cela est impossible compte tenu de l'aléa inhérent à l'évolution des cours boursiers. Il est donc simplement exigé que l'information soit simplement de nature à influencer sur les cours. Ce critère est également applicable au directeur financier qui est du fait de ses fonctions financières en contact permanent avec des informations privilégiées susceptibles d'influer sur les cours boursiers.

422. – Au regard de ces développements, la connaissance d'une information privilégiée par le directeur financier n'est pas occasionnelle comme semble le penser la jurisprudence. Le

⁷¹⁹ CA., Paris, 14 janvier 1993, Gaz.Pal., 1993.I.198, note J-P. Marchi.

⁷²⁰ W.Jeandier, *Droit des affaires*, éd Dalloz, 5ème, 2003, pts.124 ; CA Paris, 26 mai 1977, *JCP*, 1978, II, 18 789, note Tunc.

directeur financier gère au quotidien l'information financière. L'information financière ne revêt pas toujours les caractéristiques d'une information privilégiée mais il est constaté que l'information privilégiée est souvent une information financière. Par conséquent, le directeur financier, compte tenu de ses fonctions est en contact permanent avec des informations privilégiées. La connaissance de l'information privilégiée découle de l'essence de ses fonctions de directeur financier. A ce titre, il ne peut être qualifié d'initié secondaire, occasionnel, il doit être qualifié d'initié primaire au même titre que l'organe dirigeant.

Par conséquent, pareillement à un organe dirigeant, le directeur financier est présumé connaître l'information privilégiée compte tenu de ses fonctions.

B) La présomption d'utilisation de l'information privilégiée

423. – Concernant le manquement d'initié, les textes opèrent une atténuation du lien de causalité entre la détention de l'information et les opérations sur le marché. Ils énoncent que « *cette personne savait ou aurait dû savoir* ». Cette rédaction trouve son origine dans la directive abus de marché du 28 janvier 2003⁷²¹, dont l'objectif était de rechercher si une « *personne normale et raisonnable* », l'équivalent du bon père de famille, savait ou aurait dû savoir que l'information était erronée, faisant ainsi de la connaissance une condition du manquement⁷²². Dans un premier temps, l'AMF, a érigé cette condition comme une présomption de connaissance s'appliquant à toute personne sans distinction en fonction de la qualité d'initié. Puis, elle a atténué cette présomption, notamment dans le célèbre arrêt Marionnaud⁷²³, elle a exigé que la preuve de la connaissance soit rapportée notamment lorsque l'initié ne faisait pas partie de la direction de l'entreprise. Malgré cette atténuation, il n'en demeure pas moins, qu'une présomption de connaissance de l'information privilégiée et de son utilisation persiste lorsque l'initié exerce des fonctions de direction. Cette présomption de connaissance relative à la nature des fonctions est observée lors de l'appréciation du manquement par l'AMF, mais aussi par les juridictions pénales.

Lors de l'appréciation de l'élément intentionnel, la jurisprudence pénale va prendre en compte la nature des fonctions de l'initié. Elle estime que l'élément intentionnel du délit peut résulter de la conscience, que les prévenus ont, au vu de la nature de leurs fonctions,

⁷²¹ Directive n°2003/6/CE du Parlement européen et Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initié et les manipulations de marché, JO n°L.096 du 12 avril 2003, p.0016 -0025.

⁷²² P. Clermontel, « *Le droit de la communication financière* », éd.Joly, 2009, pts.546.

⁷²³ Commission des sanctions, AMF, 5 juillet 2007, Marionnaud, cf.infra n°27, Partie Y, Chapitre II.

d'utiliser des informations avant qu'elles soient révélées au public⁷²⁴. La jurisprudence va jusqu'à présumer cette connaissance, notamment pour les initiés de première main⁷²⁵. La preuve du dol découle de leurs fonctions et la moindre imprudence risque de leur être fatale⁷²⁶. En raison de leur appartenance à un cercle restreint, il pèse sur ces initiés primaires « une présomption de connaissance de l'information privilégiée au regard des fonctions qu'ils exercent au sein de la société »⁷²⁷.

Cette présomption est également appliquée par l'autorité des marchés financiers. Dans un arrêt, le Cour d'appel de Paris énonce « *les textes applicables ne prévoient pas expressément de condition subjectives relatives à l'intention qui a inspiré les agissements matériels. Il n'est pas imposé à l'AMF de rechercher si l'opérateur a été mu par une intention spéculative, ou a poursuivi un but frauduleux ou a agi de manière délibérée ou par négligence. Il n'est même pas nécessaire que l'AMF établisse que l'information privilégiée a déterminé la décision d'effectuer l'opération de marché en cause. L'élément moral du manquement est présumé* »⁷²⁸.

424. – Cette présomption de connaissance instaurée à l'encontre des organes dirigeants est applicable au directeur financier. En effet, l'analyse des décisions de jurisprudence, nous permet de constater l'application par les juges d'une présomption de connaissance à l'encontre du directeur financier. C'est notamment le cas dans le célèbre arrêt Vivendi Universal. Dans cette affaire, le 7 janvier 2002, la société Vivendi Universal annonçait par communiqué de presse avoir vendu à deux établissements financiers, 55 millions d'actions d'autocontrôle à un prix compris entre 60 et 61 euros l'action. Or le 21 décembre 2001, le directeur financier exerçait, en plusieurs fois, 149 335 actions pour un prix estimé à 7.718 000 millions d'euros et signait en parallèle un contrat de vente à terme de ces actions avec un établissement financier étranger pour un montant de 8.892 000 millions d'euros, lui permettant d'assurer une plus-value de 1.668 000 millions d'euros quel que soit le cours d'évolution de l'action de la société Vivendi Universal. Il s'agissait ici de déterminer dans un premier temps si le projet de cession d'un bloc d'autocontrôle de la société Vivendi

⁷²⁴ H. Robert, H. Mastopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, éd. Puf droit fondamental, 2004, pts 279, T.G.I., Paris, 18 avril 1979, JCP, 1980, G, I, 19306, note Tunc ; T.G.I. Paris, 26 mai 1977, JCP 1978, II, 174 789, note Tunc.

⁷²⁵ T.G.I. Paris, 30 mars 1979, JCP, 1980, G, I, 19306, note Tunc.

⁷²⁶ X. Pin, W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, éd. Précis Dalloz, 2012, pts 126.

⁷²⁷ Cass.crim., 15 mars 1993, n°93-82.263, Bull Crim n°113, D.1993-610, note Ducouloux-favard.

⁷²⁸ CA Paris, 30oct. 2010, n°09/13348.

Universal revêtait le caractère d'une information privilégiée, et dans un second, de constater si le directeur financier avait utilisé cette information privilégiée pour servir ses intérêts personnels.

Dans un premier temps, les juges ont démontré que l'information dont disposait le directeur financier était privilégiée c'est-à-dire précise, confidentielle et de nature à influencer sur le cours du titre. Dans un deuxième temps, malgré les arguments avancés par le directeur financier présentant ignorer l'imminence de l'opération de cession de titres d'autocontrôle et affirmant avoir réalisé ces opérations sur la base de considérations fiscales, les juges ont estimé le directeur financier coupable du délit d'initié et l'ont condamné à 15 mois de prison avec sursis et 850 000 euros d'amende. Pour fonder leur décision, ils estimaient que le directeur financier était parfaitement à même d'appréhender, à la date du 21 décembre 2001, en terme de nombre d'actions, de délai de réalisation et de prix de vente, les tenants et les aboutissants de l'opération de cession d'un nombre important de titres d'autocontrôle de la société Vivendi Universal⁷²⁹. Le tribunal affirmait que cette situation d'initié était évidente car *« il était l'artisan principal de la mise en place de cette opération et à même d'influer sur ses paramètres au regard du nombre d'actions cédées et de la date retenue de leur cession »*. Selon le juge : *« les considérations fiscales invoquées par le prévenu n'étaient pas à elles seules de nature à justifier un tel choix ni de permettre au directeur financier de s'affranchir de l'obligation d'abstention qui s'imposait à lui d'utiliser les informations pour réaliser une opération de cession sur ses titres, dont il apparaît qu'elle risquait d'avoir une incidence négative sur le cours »*.

425. – Par cette décision, les juges présument la connaissance par le directeur financier du caractère privilégié de l'information. En tant « qu'artisan principal » de l'opération de cession d'un nombre important de titres d'autocontrôle, le directeur financier ne pouvait ignorer les tenants et les aboutissants de l'opération de cession. Cette présomption découle de sa fonction de directeur financier et du fait qu'il a lui-même orchestré l'opération de cession. Au même titre que les dirigeants, le directeur financier est présumé détenir une information privilégiée compte tenu de ses fonctions. Selon un auteur, il doit être qualifié d'initié « ex officio »⁷³⁰.

⁷²⁹ J.Lasserre Capdeville, « Affaire Messier ; précision en droit pénal des marchés financiers », Bull, Joly Bourse, 4 avr.2011, n°4, p.236.

⁷³⁰ P. Le Tourneau, « Les actions des dirigeants initiés dans les sociétés par actions », *RTD.com*.1971, p 593.

Cette présomption est étendue à l'hypothèse où le directeur financier a permis à des tiers de réaliser une opération. A ce titre dans un célèbre arrêt Péchiney-Triangle⁷³¹, le Cour de cassation énonce « *qu'il n'est pas nécessaire que l'initié ait eu connaissance au préalable de ce que les informations privilégiées qu'il livrait étaient destinées à être utilisées par les opérateurs sur le marché* ».

Cette présomption de connaissance a des conséquences importantes sur la responsabilité du directeur financier car en pratique, il sera difficile pour lui de renverser la charge de la présomption. En effet, le directeur financier est au cœur de l'information et des opérations financières, dans son cas, il semble impossible de démontrer qu'il n'avait pas connaissance de l'information privilégiée. Par conséquent, le simple fait qu'il transgresse la loi est susceptible suffit à le condamner. Une partie des auteurs a souligné que cette présomption faisait référence à une renaissance des anciens délits matériels. Selon cette conception, l'infraction de l'article L.465-1 du Code monétaire et financier imposerait aux initiés une abstention totale⁷³².

II Une portée limitée au regard de la jurisprudence européenne

426. – La présomption de connaissance n'était pas au départ envisagée par les textes européens. L'article 2, paragraphe 1, de la directive n°89/592/CEE du Conseil du 13 novembre 1983 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés⁷³³ visait le fait pour une personne détenant une information privilégiée d'exploiter en connaissance de cause cette information en intervenant sur le titre de l'émetteur concerné par cette information. Par la suite, la directive abus de marché a souhaité alléger la preuve et a supprimé toute référence à la causalité entre la détention de l'information privilégiée et l'acquisition ou la cession des titres de l'émetteur par l'initié. Elle a instauré une véritable présomption d'utilisation de l'information privilégiée.

Cette présomption de connaissance découle de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6 CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations du marché. Elle précise « *que le fait qu'une personne visée au second alinéa de cette disposition qui détient une information privilégiée acquiert ou cède ou tente d'acquérir ou de céder, pour son compte ou pour le compte d'autrui, soit, directement, soit indirectement, les instruments financiers auxquels se rapporte cette*

⁷³¹ Cass.crim., 26 oct.1995, Bull.crim, n°234, note sous arrêt, B.Bouloc, « A propos du délit d'initié...trois questions : l'avis de la COB, la compétence des tribunaux français et l'existence des délits », Rev.soc.1996.326.

⁷³² M.Véron, *Droit pénal des affaires*, éd. Broché, 2012, p.283.

⁷³³ JOCE, n° 334, p.30.

information implique que cette personne a « utilisé cette information » au sens de ladite disposition, sous réserve du respect des droits de la défense et, en particulier, du droit de pouvoir renverser cette présomption ». Cette disposition légale consacre le principe de la présomption de connaissance. Ces textes précisent toutefois que cette présomption est réfragable. L'initié doit donc renverser cette présomption et démontrer qu'il n'avait pas l'intention d'utiliser une information privilégiée pour servir ses intérêts et ceux d'un tiers.

Cette exonération possible de responsabilité est distincte de celle envisagée par l'AMF. La commission des sanctions ou encore la Cour d'appel de Paris jugent que la personne mise en cause ne peut s'exonérer de sa responsabilité que si elle agit sous l'empire de circonstances insurmontables ou qu'elle était dans l'impossibilité d'agir autrement⁷³⁴. Seules les justifications de motifs impérieux permettent d'exonérer l'initié et justifier que l'opération était fondée sur l'intérêt social⁷³⁵. Il s'agit par exemple des opérations de restructuration du capital⁷³⁶, ou encore des acquisitions réalisées dans une optique défensive ou de prise de contrôle⁷³⁷. L'exonération prévue par la directive est plus large, elle n'est pas limitée à la preuve de circonstances insurmontables, l'initié doit démontrer qu'il n'a pas eu l'intention d'utiliser cette information privilégiée par tous les moyens possibles. Concrètement, l'application de cette exonération soulève des difficultés concernant le directeur financier. Ses compétences financières ainsi que ses fonctions au sein de l'entreprise jouent contre lui. Le renversement de la présomption est quasiment impossible car étant au cœur de l'information financière, il ne pourra pas invoquer qu'il ignorait le caractère privilégié de l'information.

427. – Cette limite apportée au principe de présomption de connaissance a permis aux magistrats européens d'affirmer que cette présomption n'était pas contraire à la présomption d'innocence prévue par l'article 6§2 de la convention. La Cour européenne des droits de l'homme⁷³⁸ a affirmé que la position des juges nationaux qui s'étaient pourtant montrés peu exigeants quant à la caractérisation de l'élément intentionnel de l'infraction

⁷³⁴ CA Paris, 1^{er} ch. Sect. H, 15 mai 2008, Bellin, Roy, Tordjman c/ AMF, *Bull Joly Bourse*, 2008, p.471, §59, note D.Bompont.

⁷³⁵ CA., Paris, 2 avr.1997 : *Bull.Joly Bourse*, 1997, p.611, § 94, note N.Rontchevsky

⁷³⁶ CA. Paris, 15 novembre 1997 : *Bull. Joly Bourse*, 1997, p.628 §96, note H. de Vauplane

⁷³⁷ CA. Paris 26 oct.1999 : *Bull. Joly Bourse*, 2000, p.153, §34, note Rontchevsky.

⁷³⁸ CEDH, 4 mars 2014, n°18640/10, Grande Stevens et autres contre Italie.

n'allait pas à l'encontre de la présomption d'innocence. Elle énonce « *que le principe de la présomption d'innocence, consacré par l'article 6, paragraphe 2 de la CEDH ne s'oppose pas à la présomption prévue à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6, par laquelle l'intention de l'auteur d'une opération d'initié se déduit implicitement des éléments matériels constitutifs de cette infraction, dès lors que cette présomption est réfragable et que les droits de la défense sont assurés* »⁷³⁹. Elle consacre une conception objective de la présomption exigée pour la mise en place « *d'un régime efficace et uniforme de prévention et de sanction des opérations d'initiés dans le but légitime de protéger l'intégrité des marchés financiers* »⁷⁴⁰.

428. – Cette solution confirme celle de la CJCE, qui en interprétant l'article 2§1 de la directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations du marché a déclaré au sein de l'arrêt Spector Photo Group, NV, que ce texte institue une présomption par laquelle « l'information de l'auteur d'une opération d'initié se déduit implicitement d'éléments matériels constitutifs de cette infraction ». Cette présomption ne s'oppose pas au principe de la présomption d'innocence dès lors qu'elle est « *irréfragable et que les droits de la défense sont assurés* »⁷⁴¹. La Cour de justice précise « *toutefois, afin de ne pas étendre la prohibition prévue à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6 au-delà de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par cette directive, certaines situations peuvent requérir un examen approfondi des circonstances de fait permettant de s'assurer que l'utilisation privilégiée revêt effectivement le caractère indu que ladite directive vise à proscrire au nom de l'intégrité des marchés financiers et de la confiance des investisseurs* ». La Cour énonce que certaines opérations effectuées par des initiés primaires ne devraient pas être réputées comme étant constitutives d'une utilisation d'une information prohibée. C'est notamment le cas « *des organismes habilités à agir comme contrepartie et celles habilitées à exécuter des ordres pour le compte de tiers, disposant d'une information privilégiée et se bornant à exercer des ordres pour le compte de tiers, disposant d'une information privilégiée et se bornant à exercer de manière légitime leur activité* »⁷⁴². Egalement, ne devraient pas être poursuivies des personnes qui ont accès à une information

⁷³⁹ *Ibid.*, considérant 44.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, considérant 45.

⁷⁴¹ Directive 2003/6/CE du Parlement Européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations du marché, JOUE, L.96/16.

⁷⁴² *Ibid.*, considérant 18.

privilégiée concernant une autre société et qui utilisent cette information dans le cadre d'une offre publique d'acquisition⁷⁴³. La Cour semble poser une condition d'éviction de la présomption chaque fois que l'utilisation de l'information privilégiée ne revêt pas, un caractère indu⁷⁴⁴.

Paragraphe II La présomption de connaissance des irrégularités comptables

429. –Véritable partenaire de l'organe dirigeant, le directeur financier gère les finances de l'entreprise afin d'établir la politique financière de la société. Sa proximité avec l'organe dirigeant ainsi que ses fonctions constituent un risque conséquent pour le directeur financier de voir sa responsabilité recherchée sur le fondement de la complicité. Sa position ainsi que ses capacités vont servir les intentions malveillantes de l'organe dirigeant souhaitant améliorer la situation financière de l'entreprise. Compte tenu de ses fonctions, il sera difficile au directeur financier de soutenir qu'il ignorait les actes délictueux.

Lors de l'appréciation de la complicité, la jurisprudence abandonne les critères classiques. Elle fait preuve d'une rigueur particulière et critiquable à l'égard du directeur financier, au point de créer un régime exorbitant de droit commun de la complicité⁷⁴⁵ dénommé « la théorie de la complicité objective⁷⁴⁶ » qui prend en compte non pas l'intention d'assister l'organe dirigeant à accomplir l'acte criminel mais la simple connaissance de celui-ci.

Avant d'analyser les dérives de l'appréciation par la jurisprudence de la complicité du directeur financier (II), il convient de rappeler les principes de la notion de complicité (I).

I La mise en œuvre de la complicité

430. – La qualification de complice de l'infraction permet de sanctionner le directeur financier pareillement à l'organe dirigeant auteur de l'infraction. Le Code pénal assimile le

⁷⁴³ *Ibid.*, considérant 29

⁷⁴⁴ M. Storck. « L'étai se desserre autour des initiés », *Bull. Joly Bourse*, 1/03/2010, n°2, p.92.

⁷⁴⁵ A-C.Maddoli-Restoux, *Responsabilité de l'expert-comptable : risques judiciaires et préventions*, éd.Litec, 1998, pts.690.

⁷⁴⁶ E.Pontavice, « Commissaire aux comptes, expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux », *Rev.soc.*, n°4, 1988, p.489

complice à l'auteur principal du point de vue de la répression et le déclare punissable comme un auteur⁷⁴⁷. Selon l'article 121-7 du Code pénal, « *doit être déclaré complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ».

La complicité du directeur financier requiert un acte de participation visé à l'article 121-7 du Code pénal. Il s'agit d'un acte positif. La jurisprudence traditionnelle énonce « *la complicité par aide ou assistance ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention, mais elle suppose l'accomplissement d'un acte positif* »⁷⁴⁸. A ce titre, certains auteurs ont précisé, « *celui qui a été seulement le spectateur d'une infraction, et ne l'a pas empêchée ne peut être considéré comme un complice. De même, la simple connaissance d'un acte délictueux ne constitue pas, à elle seule, un acte de complicité punissable. Il faut toujours une activité matérielle favorisant l'action. Le seul fait de la tolérance ne justifie pas une inculpation de complicité. On n'est pas complice par abstention* »⁷⁴⁹.

431. – Ces actes positifs de complicité se traduisent par la passation d'écritures illégales, l'établissement de comptes ou de déclarations fiscales erronés⁷⁵⁰. Ainsi, « *le directeur financier d'une société anonyme, chargé de la comptabilité générale, a été déclaré coupable de complicité de présentation de bilan inexact dès lors qu'il avait pris en pleine connaissance de cause, la responsabilité des irrégularités comptables ayant permis l'établissement de bilan inexacts destinés à être présentés aux actionnaires et s'était en outre prêté à la confection d'autres exemplaires des faux bilans devant être remis à l'administration fiscale et aux banques* »⁷⁵¹. La Haute juridiction a également qualifié de complice de présentation ou de publication de comptes inexacts, « *le directeur financier qui a donné des instructions concernant les modifications comptables* »⁷⁵².

Ces actes positifs concernent également la passation d'écritures destinées à dissimuler

⁷⁴⁷ Art.121-6 du Code pénal.

⁷⁴⁸ Cass.crim., 27 déc. 1960, *Bull.crim.*, n°304.

⁷⁴⁹ G.Stefani, G.Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, 23^{ème}, éd. Dalloz, 2013, pts 323.

⁷⁵⁰ A., Robert, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables*, éd.Dalloz, 2011, pts 4352.

⁷⁵¹ Cass.crim., 14 janv. 1980, Gallet, *Bull.crim.* n°21.

⁷⁵² Cass.crim., 3 oct. 2007, n°02-81.231, inédit.

les abus de biens sociaux⁷⁵³, l'inscription dans la comptabilité de documents litigieux⁷⁵⁴, l'établissement de divers documents attestant une situation économique inexacte de l'entreprise dans l'optique d'obtenir un prêt auprès d'un établissement bancaire⁷⁵⁵.

La complicité peut également être déduite d'une abstention dans certains cas. La Cour de cassation énonce : « *si la complicité par aide ou assistance ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention, elle se trouve caractérisée, en revanche, par la promesse de prévenu de ne pas s'opposer, comme ses fonctions l'y obligeaient, aux délits projetés, procurant ainsi aux auteurs l'assurance de pouvoir les commettre sans être inquiétés* »⁷⁵⁶.

Monsieur Humetz⁷⁵⁷ qualifie cette inaction de « collusion frauduleuse » par l'effet soit d'un accord préalable, soit par la non accomplissement d'un acte positif auquel l'agent était restreint. Ainsi dans un arrêt du 16 janvier 1989, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel ayant condamné l'expert-comptable au motif que « *si la complicité passive ou par simple omission n'est en principe punissable que si elle tombe sous le coup de textes spéciaux instituant de véritables délits d'omission, il n'en est plus de même lorsque, de par ses fonctions, le témoin d'une infraction avait le devoir de s'en désolidariser en refusant de la couvrir par son silence ou son inaction, sa passivité perdant toute justification en connaissance de cause aux auteurs de l'infraction* »⁷⁵⁸.

432. – Au-delà de l'élément matériel, la qualification complice exige que le directeur financier ait conscience de participer à la commission d'une infraction et de s'y associer en pleine connaissance de cause. « *Il s'ensuit que l'auteur d'une faute d'imprudence ne peut pas être poursuivi comme complice, même si cette imprudence ou cette négligence constitue une faute au niveau du civil et engage sa responsabilité civile* »⁷⁵⁹.

Concernant, par exemple, la détermination de l'élément intention au sein du délit de

⁷⁵³ Cass.crim., 25 février 2009, n°08-80.314, inédit, *Bull. Joly sociétés*, sept. 2009, obs Dezeuze ; Cass.crim., 19 mai 1999, n°98-83.587, inédit. « *a été condamné pour complicité d'abus de biens sociaux, l'expert-comptable qui a passé des écritures comptables destinées à dissimuler les abus de biens sociaux* ».

⁷⁵⁴ CA., Paris, 30 mars 2001, Juris-data n°147324. « *a été condamné pour complicité de faux et usage de faux, l'expert-comptable qui a facilité la commission des faux en les faisant inscrire dans la comptabilité* ».

⁷⁵⁵ Cass.crim., 4 janv. 1994, n°93-80.832, inédit.

⁷⁵⁶ Cass.crim., 27 oct. 1971, n°71-90.754., *Bull crim*, n°284.

⁷⁵⁷ R.Humetz, « Le professionnel comptable peut-il être déclaré complice par négligence », R.F.C.256- mai 1994, p.61 et suiv

⁷⁵⁸ Cass.crim., 16 janv.1989, n°87-90.177, inédit.

⁷⁵⁹ G. Stefani, G.Levasseur, B. Bouloc, *op.cit.*, pts.323.

présentation ou de publication des comptes annuels inexacts, il faut constater un dol spécial et d'un dol général⁷⁶⁰. Les comptes infidèles doivent avoir été publiés ou présentés « *en vue de dissimuler la véritable situation de la société* »⁷⁶¹. Le dol général impose au directeur financier la connaissance de l'inexactitude des comptes annuels ou de leur non-fidélité. Le dol général se traduit par la volonté de dissimuler la véritable situation de la société.

II Le régime dérogatoire du droit commun de la complicité

433. – En principe, seuls les actes positifs de gestion réalisés sciemment pouvaient être théoriquement reprochés au directeur financier, cependant, par l'effet souverain de son pouvoir d'interprétation et d'application de la règle légale, la jurisprudence a soumis les professionnels du chiffre et particulièrement les directeurs financiers à un régime dérogatoire du droit commun de la complicité⁷⁶².

L'analyse de certaines décisions va démontrer de la part des juges une volonté de consacrer une présomption de connaissance à l'égard du directeur financier compte tenu de ses fonctions(A) et de retenir la négligence de celui-ci comme fondement de la complicité (B).

A) L'intention déduite des fonctions

434. – Pour caractériser la complicité, la haute juridiction va déduire l'intention des fonctions du directeur financier. Elle va estimer que ses fonctions ainsi que ses connaissances induisent nécessairement une connaissance et une volonté de participer à la commission de l'infraction.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un ancien arrêt du 30 mai 1930 énonçait que « *l'intention délictueuse des prévenus (résultait) suffisamment de ce qu'ils ne pouvaient ignorer la fausseté des faits publiés en raison des fonctions qu'ils remplissaient* »⁷⁶³. De même, la Haute juridiction⁷⁶⁴ a rejeté le pourvoi du directeur financier condamné pour complicité d'abus de biens sociaux. Dans cette affaire, des deniers sociaux avaient été utilisés pour financer des dépenses personnelles de l'organe dirigeant. La Cour confirme la complicité du directeur financier : « *au motif qu'il convient de retenir qu'en sa qualité de directeur*

⁷⁶⁰ M. Delhomme, Y. Muller., *Comptabilité et droit pénal*, éd.Lexis Nexis, 2209, pts 623 et suivants.

⁷⁶¹ J.Larguier, *Mauvaise foi et faux bilans*, Mélanges Hamel 1961, p.291.

⁷⁶² A-C. Maddoli-Restoux, *Responsabilité de l'expert-comptable : risques judiciaires et préventions*, Litec, ed 1998, pts.710.

⁷⁶³ Cass.crim., 30 mai 1930, J. soc., 1931, p.552.

⁷⁶⁴ Cass.crim., 9 juil.1987, n°85-96.208, inédit.

financier qui implique non seulement la connaissance de principe comptable mais encore de contrôle des opérations dont il avait la charge, le directeur financier ne pouvait ignorer les actes auxquels l'ordre dirigeant se livrait et aucune des opérations incriminées ne pouvait être passée sans qu'il le sut et sans qu'il y ait coopéré (...) également la fréquence et l'importance des opérations passées confirment qu'il ne pouvait ignorer les manœuvres frauduleuses ». Cette décision jurisprudentielle est critiquable car elle établit une présomption irréfragable de connaissance des faits délictueux par le directeur financier. Les juges assimilent le simple fait de « savoir » ou fait « de ne pouvoir ignorer ». Le fait d'énoncer que le directeur financier ne pouvait ignorer les faits délictueux cela revient à dire qu'il est impossible pour lui de prouver qu'il pouvait ignorer les faits délictueux. Ce fondement est sévère vis-à-vis des directeur financier car même s'il exerce des fonctions qui supposent une connaissance approfondie de la discipline comptable et financière, il n'est parfois pas en mesure de découvrir les malversations décidées en lors des réunions du pôle exécutif. C'est notamment le cas lorsque l'organe dirigeant va transmettre des pièces comptables falsifiées au directeur financier. Celui-ci, s'il ne participe pas à la réunion du pôle exécutif ne pourra pas avoir connaissance de ses malversations.

Toutefois, cet argument ne sera pas applicable au directeur financier qui exerce des obligations modernes. En effet, sa participation à la définition de la politique financière de la société suppose qu'il assiste aux réunions du pôle exécutif et participe à l'élaboration des décisions stratégiques. Ces obligations proches de celles de l'organe dirigeant lui permettent d'avoir connaissance des divers projets de développement de la société. Ces connaissances constituent un risque supplémentaire pour le directeur financier de voir sa responsabilité engagée dans des domaines extra-financiers. La jurisprudence va, en effet, affirmer que le directeur financier ne pouvait ignorer les irrégularités comptables C'est le cas d'un directeur financier qui fut condamné par un jugement du tribunal correctionnel de Narbonne du 10 novembre 2006, confirmé par un arrêt de la 3^{ème} chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Montpellier le 28 juin 2007⁷⁶⁵, coupable par complicité d'usurpation d'appellation d'origine, de tromperie et de falsification commises par la SARL par ses gérants de droit. En l'espèce, la société avait commercialisé des vins sous des appellations d'origine, des indications de provenance ainsi que des noms de cépage qu'elle savait inexacts.

Les juges du fond ont constaté que : « *le directeur financier avait pour mission d'effectuer le suivi de la comptabilité de la société et de coordonner les services comptables*

⁷⁶⁵ CA., Montpellier, 28 juin 2007, n°07/00140.

qu'il ne pouvait dans l'exercice de son activité, que constater la différence entre les vins achetés et les vins vendus et l'établissement de fausses factures et de faux documents accompagnant les ventes ; qu'il était par ailleurs présent lors de la réunion du conseil d'administration au sein duquel la décision d'élaborer le système de fraude a été prise (...) qu'en entérinant des éléments comptables financiers non fiables, le directeur financier a contribué à la commission de l'infraction ».

435. – De manière plus étonnante, la Cour d'appel de Paris a déduit la connaissance des faits délictueux de la proximité des relations entre le directeur financier et l'organe dirigeant⁷⁶⁶. Dans cette affaire, M.X, a été embauché comme directeur financier d'une société. Des irrégularités comptables ont été constatées concernant les bilans de certains exercices qui ne révélaient pas la réalité économique et financière de la société. Il était reproché à M.X d'avoir mis en place des techniques frauduleuses afin de dissimuler la véritable situation de la société. Il était poursuivi pour complicité au délit de présentation et de publication de comptes annuels inexacts. Il fut condamné par le tribunal pour complicité. Les juges du fond ont confirmé ce jugement après avoir constaté que : *« que M.X n'a pas veillé pour l'exercice à ce qu'il soit fait référence dans le rapport de gestion du conseil d'administration du changement de méthode comptable et ce en infraction complète avec les textes. L'expert ajoute que pour la minoration des comptes fournisseurs, M.X a pris l'initiative d'accentuer le caractère inexact des bilans. Considérant que force est de constater en ce qui concerne les délits de présentation de bilan inexacts et de complicité reprochés à M.X, l'élément matériel est parfaitement constaté ; que l'élément moral tant en ce qui concerne le directeur financier que le président se déduit des circonstances même de l'espèce et des relations nouées entre eux depuis plusieurs années ».*

Cette décision est critiquable car la Cour déduit la volonté de commettre le délit par le directeur financier d'élément subjectif à savoir, de la relation de confiance nouée entre l'organe dirigeant et le directeur financier. Elle estime que la relation est telle que le directeur financier ne pouvait ignorer la volonté de l'organe dirigeant de dissimuler la situation de l'entreprise et qu'il a participé à la mise en place de techniques comptables permettant de dissimuler la véritable situation de l'entreprise.

Cette solution soulève plusieurs interrogations, concernant notamment l'appréciation des relations entre l'organe dirigeant et le directeur financier. Nous pouvons nous demander

⁷⁶⁶ CA Paris, 5 avr.1995 n°94-2061, Navis droit des affaires, division IV, responsabilité des dirigeants, pts.17925.

quelle doit être la nature des relations pour pouvoir déduire la volonté de produire des comptes inexacts. A ce titre, la Cour précise qu'il s'agit d'une relation entretenue depuis plusieurs années. La durabilité des relations entre les deux prévenus induit une proximité et donc une complicité du directeur financier. Cette déduction est critiquable car le directeur financier ayant des relations depuis plusieurs années avec l'organe dirigeant n'a pas forcément établi une proximité avec celui-ci. Cette décision est pour l'instant isolée, aucune jurisprudence n'est venue confirmer ou infirmer cet arrêt.

B) L'intention déduite de la négligence

436. – De manière plus inquiétante, il est constaté que la jurisprudence a déduit la complicité de la négligence, alors même qu'elle n'avait constaté aucune intention de s'associer.

437. – Il convient de s'interroger sur la notion de négligence. Le défaut de diligence chez le professionnel de la comptabilité peut revêtir deux aspects. Le premier aspect concerne une négligence par action, révélée par la volonté de s'associer au fait principal. L'autre aspect induit un comportement passif se différenciant du précédent par le défaut d'intention. La négligence passive peut être définie comme « *la collusion constitutive d'aide et d'assistance induite de la simple négligence lors même qu'aucune intention de s'associer ne trouve révélé par le fait incriminé* »⁷⁶⁷. Elle peut également se définir comme des imprudences commises par le professionnel comptable sans qu'aucune intention de s'associer au délit. Il s'agit pour le professionnel du chiffre de passer des écritures d'après des documents qui lui étaient présentés se soucier de les vérifier ou encore d'omettre d'inscrire au bilan des réserves.

Malgré cette absence de volonté de s'associer au délit de production de bilan inexact, la haute juridiction a déduit de cette négligence passive une volonté de produire des bilans inexacts. Cette interprétation de la négligence passive est constatée au sein d'une décision du 15 janvier 1979⁷⁶⁸. Dans cette affaire, un expert-comptable a été condamné pour complicité du délit de présentation de comptes inexacts par les juges du fonds, alors qu'aucun acte positif n'avait été constaté. Le pourvoi formé par celui-ci a été rejeté par la chambre criminelle aux motifs suivants : « *Pour déclarer l'expert-comptable de complicité des infractions à la charge de son client, l'arrêt énonce que le prévenu ayant l'obligation professionnelle d'organiser,*

⁷⁶⁷ R.Humetz, « Le professionnel comptable peut-il être déclaré complice par négligence », R.F.C.256- mai 1994, p.61 et suiv.

⁷⁶⁸ Cass.crim., 15 janv.1979, n°77-90.394, *Bull. crim.*, n°21.

vérifier, apprécier et redresser les comptabilité de son client, a aidé et assisté celui-ci dans la commission des faits délictueux, d'une part en passant les écritures d'après les documents qui lui étaient présentés sans se soucier de les vérifier et de les redresser ; d'autre part en établissement à partir d'éléments comptables ne traduisant pas la réalité, les bilans, et les comptes d'exploitation ainsi que les déclarations fiscales incombant à son client. La Cour en a conclu que l'expert-comptable a sciemment accompli des faits de complicité qui lui sont reprochés, ceux-ci relevant de la technique comptable, et sa formation lui permettant d'apprécier le caractère frauduleux, alors surtout qu'il pouvait déceler la fraude en rapprochant les comptabilités des deux entreprises »⁷⁶⁹. Egalement, dans un arrêt du 24 juillet 1979⁷⁷⁰ la Cour de cassation a relevé que " le comptable agréé (...) n'a pas tenu les livres obligatoires, mais seulement quatre livres de trésorerie, centralisés une fois par an ; que les comptes présentaient de graves anomalies, notamment des versements en numéraires en fin de mois, dépourvus de pièces justificatives et destinés à éviter de faire apparaître une caisse créditrice ; il a établi les déclarations fiscales sans que soit dressé de compte d'exploitation ». Elle a estimé que le prévenu avait « aidé et assister sciemment l'auteur principal dans ses agissement délictueux ».

438.—Cette solution n'est pas réservée aux experts-comptables, elle concerne également le directeur financier. Cette solution appliquée au directeur financier est illustrée par un arrêt de la Cour de cassation⁷⁷¹. Dans cette affaire le directeur financier et le Président directeur général de la société avaient présenté aux actionnaires des bilans inexacts de la société. La Cour d'appel a condamné le Président pour présentation de faux bilans et le directeur financier pour complicité. Le directeur financier contestait cette condamnation et affirmait : « que l'arrêt n'établissait pas l'existence de l'intention frauduleuse constituant l'élément moral des infractions ; qu'il a créé une présomption de mauvaise foi contraire à la loi ; qu'il a constaté seulement à la charge des prévenus des manquements à la prudence financière et à la correction comptable et une méconnaissance de la structure économique du moment et de la situation comptable ». Le directeur financier soutenait que ces motifs « sont constitutifs d'une imprudence et d'une négligence qui ne sont pas pénalement répréhensibles

⁷⁶⁹ R.Humetz, « Le professionnel comptable peut-il être déclaré complice par négligence », R.F.C.256- mai 1994p.61 et suiv.

⁷⁷⁰ Cité in Decocq, « Inaction, abstention et complicité par aide et assistance », JCP.G.1983, I3124

⁷⁷¹ Cass.crim., 14 déc.1966, n°65-906.77., Publié au Bulletin.

et que l'arrêt ne constate ni l'existence d'inventaire frauduleux ni la connaissance par les prévenus du caractère frauduleux de l'inventaire, ni que les prévenus aient sciemment présenté un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a affirmé *« que le bilan inexact a été établi sciemment en ayant recours en connaissance de cause à de graves incorrections comptables, ensuite en omettant d'inscrire au bilan les réserves qu'imposaient les circonstances économiques et la situation comptable. De telles insuffisances dans les réserves ne pouvant procéder que d'une volonté du débiteur de diminuer le passif de l'exercice ».*

439. –Par ces arrêts, la jurisprudence érige la négligence passive en acte de complicité. La haute juridiction déduit l'élément moral de l'inaction des professionnels. Cela revient à admettre *« que puisque le professionnel comptable n'a pas empêché c'est qu'il savait, il doit être déclaré comme complice ».* Elle consacre une négligence passive en un acte de complicité actif. Elle justifie cette solution par les compétences, les connaissances des professionnels du chiffre. Ce raisonnement est contraire au principe de présomption d'innocence et à celui de légalité des délits et des peines. Ce point a été vivement critiqué par les auteurs. A ce tire le professeur Pontavice a estimé : *« qu'il était inadmissible dans un état de droit de retenir la négligence de professionnel comme une présomption légale de collusion alors qu'en matière d'entente les arrêts ne retiennent que la négligence d'une présomption de fait. Cette induction qui consiste à créer une présomption légale de collusion à partir d'une négligence va à l'encontre du principe de la légalité des délits et des peines. Il est impossible de présumer la mauvaise foi du professionnel comptable d'autant que la mauvaise foi ne se présume pas, ni en matière civile, ni en matière pénale ».* Le doyen Ducocq⁷⁷² souligne notamment que *« toute présomption légale fondée sur la négligence est incompatible avec cette notion. C'est l'entente entre le complice et l'auteur en vue d'adapter une attitude passive qui fait de celle-ci un acte de collusion. Dès lors déduire cette entente de la négligence est une pure contradiction ».* Le fondement relatif au fait que le professionnel du chiffre compte tenu de ses connaissances et de sa formation aurait dû découvrir la fraude est aussi vivement critiqué.

Le professeur Pontavice⁷⁷³ souligne qu'il est impossible *« que le professionnel du*

⁷⁷² Cité in R.Humetz, « Le professionnel comptable peut-il être déclaré complice par négligence », R.F.C.256-mai 1994p.61 et suiv.

⁷⁷³ *Idem*

chiffre puisse avoir un comportement rationnel en toute circonstance ». Le directeur financier peut « être négligent lorsqu'il ne contrôle pas suffisamment les comptes par manque de temps, ce qui peut être blâmable mais ne constitue pas en soi un délit pénal ; il peut encore se trouver desservi par un employé incompetent auquel il aura délégué le pouvoir de s'occuper du dossier ; le mauvais choix de l'un de ses préposés ne constitue pas un délit pénal ».

Malgré les critiques des auteurs, il est constaté que cette solution adoptée par la jurisprudence constitue un risque pour le directeur financier de voir systématiquement sa responsabilité engagée lorsque des irrégularités comptables sont constatées car les juges estiment, que compte tenu de ses compétences, il était en mesure de découvrir la fraude.

Conclusion du 2^{ème} chapitre

440. –Le législateur a pris conscience du rôle joué par le directeur financier lors des fraudes. Il a donc étendu le champ d'application de certaines incriminations afin de pouvoir sanctionner le directeur financier comme auteur de certaines infractions. Malgré le champ volontairement large de certaines infractions, les magistrats refusent de retenir la responsabilité du directeur financier comme auteur de l'infraction, même si celui-ci fait l'objet d'une délégation de pouvoir. Ce refus se fonde sur l'existence d'obligations résultant de la gestion personnelle de l'organe dirigeant qui ne peuvent être imputées au directeur financier.

Même si la jurisprudence refuse de condamner le directeur financier comme auteur de certaines infractions, elle n'hésite pas à le condamner comme auteur ou complice. Compte tenu de la nature des fonctions du directeur financier, les magistrats vont apprécier sévèrement la responsabilité du directeur financier en présumant l'élément moral

Conclusion du Titre II

Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier peut être à l'origine d'irrégularités comptables ou de malversations. Conséquence de l'évolution de ses fonctions vers un rôle stratégique au sein de l'entreprise, le champ de sa responsabilité pénale s'est élargi à des incriminations extracomptables. Sa connaissance de l'information privilégiée ainsi que son rôle joué au sein de la communication financière aggravent le risque de voir sa responsabilité engagée.

Lors de la mise en œuvre de sa responsabilité, les magistrats ont pris conscience de l'implication du directeur financier lors des fraudes. Toutefois, concernant certaines obligations essentielles à la fonction de dirigeant, les magistrats refusent de condamner le directeur financier comme auteur de l'infraction même si celui-ci est titulaire d'une délégation valide. Les magistrats ont également pris en compte la spécificité de la fonction du directeur lors de l'appréciation de sa responsabilité. Compte tenu de ses connaissances et de son expérience, ils apprécient sévèrement la responsabilité du directeur financier en présumant l'élément moral et le condamnent comme auteur ou complice de l'infraction.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

441. – Le directeur financier dirige l'activité financière et comptable. La spécificité de ses fonctions de directeur exige un degré d'autonomie. En ce sens, le contrat de travail est adapté à ses fonctions. L'aménagement du lien de subordination permet au directeur financier de bénéficier d'un certain degré de liberté qui varie en fonction de ses responsabilités. En contrepartie, son comportement est encadré par des obligations de loyauté renforcée.

Par ailleurs, la liberté dont il jouit lors de l'exécution de ses fonctions ainsi que la nature de ses fonctions ont des conséquences sur sa responsabilité. Le risque de voir celle-ci engagée sur des fondements comptables et extra comptables est conséquent. Compte tenu de ses fonctions, la jurisprudence apprécie sévèrement la responsabilité du directeur en présumant sa connaissance des irrégularités. Ce qui l'amène à le sanctionner dès qu'il n'atteint pas ses objectifs. Les modalités d'exécution des fonctions du directeur financier le rapprochent de la fonction de l'organe dirigeant. Pareillement à un organe dirigeant, ses responsabilités représentent un risque de voir sa responsabilité engagée. Toutefois, le directeur financier n'est pas un mandataire social, il ne bénéficie pas d'une liberté totale lors de l'exécution de ses fonctions. Face à ce constat, les magistrats refusent de condamner le directeur financier comme auteur de certaines infractions qui relèvent de la gestion personnelle de l'organe dirigeant.

CONCLUSION GENERALE

442. – La transversalité ainsi que l'évolution de la fonction du directeur financier a soulevé l'intérêt d'analyser la jurisprudence afin de dégager un statut juridique commun à l'ensemble des directeurs financiers. Grâce à une approche inductive d'une jurisprudence spécifique au directeur financier, nous avons pu déterminer un statut juridique commun à tous les directeurs financiers par l'identification de leurs fonctions et de leurs modalités d'exécutions.

443. – Premièrement, l'identification des fonctions a permis de déterminer les obligations essentielles. Celles sans lesquelles, sa fonction serait inexistante ou serait qualifiée autrement. Elles se matérialisent par la production et le contrôle de l'information financière. Ainsi le directeur financier, est le garant de l'information financière. Ses fonctions se rapprochent alors de celles de l'expert-comptable et parfois de celles du commissaire aux comptes.

L'obligation de production se traduit par l'élaboration de l'information financière, puis par son exploitation afin d'extraire une analyse nécessaire à l'organe dirigeant lors de l'élaboration de la politique financière. L'élaboration de l'information financière exige d'enregistrer et d'élaborer des comptes fidèles à la situation financière de l'entreprise. Sur la base de ces informations comptables, le directeur financier va élaborer des analyses financières dont l'objectif est de préserver la pérennité de l'entreprise. Elles vont se matérialiser par une obligation de conseil, d'information ou de mise en garde selon leur nature. Ces analyses sont indispensables à la définition de la politique financière.

Le directeur financier exerce également un contrôle de la régularité de la compatibilité ainsi que de la qualité des comptes. Ce contrôle se traduit par une obligation de contrôle de l'information financière et par l'élaboration de procédures. L'obligation de contrôle du directeur financier va au-delà d'une obligation de surveillance. Il exerce une autorité hiérarchique sur ses collaborateurs. Cette obligation de contrôle n'est pas l'apanage du directeur financier, d'autres professionnels exercent des obligations de contrôle de la fidélité des comptes comme l'expert-comptable et le commissaire aux comptes. Cependant, l'obligation de contrôle du directeur financier se distingue des autres professionnels par son

contenu et son étendue.

Ces obligations de production et d'élaboration sont qualifiées d'obligation de moyens par les magistrats compte tenu du degré d'aléa présent lors de leur exécution. Ils considèrent que cette obligation de moyens doit être renforcée compte tenu des connaissances et de l'expérience du directeur financier. Cette obligation de moyens s'apparente alors à une obligation de résultat.

444. – Egalement, cette approche nous a permis de constater l'évolution des fonctions du directeur financier. En effet, au sein de certaines entreprises, les directeurs financiers ont largement transcendé leur rôle traditionnel de publication des comptes et de gestion des processus financiers pour devenir des partenaires stratégiques incontournables. Le directeur financier n'est plus cantonné à ses fonctions traditionnelles de production de l'information comptable, il est désormais investi d'une mission générale concernant la gestion de l'entreprise dans son ensemble. Ce nouveau rôle, proche de celui de l'organe dirigeant se traduit par une modernisation de ses fonctions traditionnelles de production de l'information financière, ainsi que par une modernisation de ses fonctions traditionnelles de contrôle.

La modernisation des obligations de production résulte de l'exigence de fidélité de l'information financière. Dans les sociétés cotées, la sécurité financière exige de compléter l'information par une information extra-financière. Ainsi, le directeur financier doit introduire une information concernant le développement durable au sein des documents comptables. Egalement, les analyses financières effectuées par le directeur financier ne sont plus limitées à l'analyse de la performance ainsi que de la pérennité de l'entreprise. Son implication au sein de la stratégie se manifeste par l'élaboration de projets de développement concernant la croissance ainsi que la recherche de financements nécessaires à la mise en œuvre de ses projets. Le directeur financier ne se contente pas d'élaborer l'information financière, il va également, communiquer cette information auprès des tiers.

Les diverses crises de confiance dans les mécanismes du marché ont mis en exergue l'exigence de renforcer l'encadrement légal concernant les obligations des entreprises en terme de contrôle interne. La mise en place de ces nouvelles exigences légales au sein des entreprises a permis au directeur financier d'étendre ses obligations traditionnelles de contrôle des comptes à un système de contrôle interne qui s'étend au-delà des domaines directement liés au système comptable. Ainsi, le directeur financier va mettre en place des procédures de gestion de risque.

445. – Deuxièmement, la spécificité de la fonction de directeur financier exige des modalités d'exécution adaptées à ses fonctions. Le directeur financier exécute ses fonctions par le biais d'un contrat de travail. Celui-ci doit être aménagé afin de permettre au directeur financier d'exécuter ses fonctions de manière efficace et objective.

Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier, doit bénéficier d'un certain degré d'autonomie. Cette liberté est peu compatible avec les critères classiques du contrat de travail. Celui-ci doit être aménagé afin de permettre au directeur financier d'exécuter efficacement ses fonctions. Ces aménagements concernent principalement le lien de subordination, par l'application au directeur financier du statut de cadre ou de cadre-dirigeant selon la nature des fonctions exercées par celui-ci.

En contrepartie de cette liberté accordée au directeur financier, il se voit imposer une obligation de loyauté renforcée. Cette obligation est déduite de la nature de ses fonctions qui le placent au plus haut degré de la hiérarchie aux côtés de l'organe dirigeant. La loyauté renforcée concerne trois obligations primordiales à la pérennité de l'entreprise. Il s'agit de l'obligation de confidentialité, de réserve et de fidélité de l'entreprise.

Le contrat de travail doit également être complété par l'attribution au directeur financier de pouvoir. Pour exécuter ses fonctions, le directeur doit être titulaire d'un pouvoir de représentation. Il accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte de la société à l'intérieur de l'entreprise et vis-à-vis des tiers. En interne, ce pouvoir se traduit par un pouvoir de direction vis à vis des salariés. Il résulte de l'essence de sa fonction de direction financière. En externe, ce pouvoir se traduit par un pouvoir de représenter la société vis-à-vis des tiers. Ce pouvoir n'est pas essentiel à la fonction du directeur financier, mais il découle de la nature des fonctions du directeur financier et de ses compétences. Lors de l'exercice de ses pouvoirs, le directeur financier doit respecter l'objet social ainsi que l'intérêt social de la société.

Le directeur financier n'est pas le titulaire initial des pouvoirs, ils appartiennent en premier lieu à l'organe dirigeant. L'organe dirigeant doit transférer ses pouvoirs par le biais de la délégation de pouvoirs. La délégation doit respecter certaines conditions pour être valide. La validité de la délégation de pouvoir n'exige pas qu'elle soit explicite, elle peut être déduite de la nature des fonctions du directeur financier. Le directeur financier doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

446. – L'aménagement du contrat de travail ainsi que l'évolution des fonctions du directeur financier ont des conséquences sur la mise en œuvre de sa responsabilité. La responsabilité du directeur financier peut être engagée sur le fondement comptable mais pas

seulement. La mutation de ses fonctions vers des domaines extracomptables entraîne un risque pour le directeur financier de voir sa responsabilité concernant des délits boursiers.

Lors de l'exécution de ses fonctions, le directeur financier peut être amené à commettre certaines irrégularités et malversations lors de l'enregistrement comptable et lors de l'élaboration des comptes. L'évolution de ses fonctions, notamment dans les sociétés cotées a étendu les incriminations au domaine boursier. Il risque de voir sa responsabilité engagée sur le fondement du délit d'initié et de l'information fausse ou trompeuse.

Lors de la mise en œuvre de la responsabilité du directeur financier, la jurisprudence prend en compte les fonctions du directeur financier. L'analyse des décisions marque une volonté des magistrats de distinguer la fonction de directeur financier et d'organe dirigeant. A ce titre, elle refuse que le directeur financier soit qualifié comme auteur de certaines infractions. Les infractions exclues concernent des domaines réservés à l'organe dirigeant. Il s'agit d'obligations personnelles qui définissent l'essence de sa fonction. Elles désignent des obligations d'administration générale et plus particulièrement des obligations d'élaboration, de communication de l'information financière et les obligations relatives aux déclarations fiscales. Le rejet de la qualification du directeur financier comme auteur se traduit par une interprétation restrictive de certains textes, comme c'est le cas par exemple de l'incrimination de fausse information ou d'information trompeuse. Ce rejet se traduit aussi par l'inefficience de certaines délégations de pouvoirs.

Malgré une volonté des magistrats de distinguer la fonction du directeur financier de celle de l'organe dirigeant, l'appréciation de la responsabilité des deux fonctions comportent des similitudes. Au même titre que pour l'organe dirigeant, les magistrats et parfois le législateur établissent à l'égard du directeur financier une présomption de connaissance de la fraude. Cette appréciation sévère et notamment constatée lorsque la responsabilité du directeur financier est recherchée sur le fondement du délit d'initié. La jurisprudence, consacre une présomption de connaissance et d'utilisation de l'information privilégiée par le directeur financier. Elle applique un raisonnement similaire concernant l'appréciation de l'élément moral des infractions comptable. Elle considère, que compte tenu de ses fonctions, le directeur financier ne pouvait ignorer les irrégularités comptables.

447. – A partir de l'observation de la réalité, l'utilisation d'une méthode inductive nous a permis de constater la fonction du directeur telle qu'elle est exercée au sein de l'entreprise et de faire émerger un statut juridique.

Ce constant, nous a permis de révéler la place primordiale occupée par le directeur

financier au sein de l'entreprise. Ses fonctions ne sont plus limitées à la comptabilité, il participe aux côtés de l'organe dirigeant à la définition de la stratégie de l'entreprise. L'importance de son rôle au sein de l'entreprise exige que le législateur reconnaisse son existence et élabore un statut juridique du directeur financier. La création d'un statut du directeur financier interroge. Doit-il être qualifié de directeur-salarié comme semblent le penser les magistrats ? Cette qualification de salarié a l'avantage d'offrir un statut aménageable à la spécificité des fonctions du directeur financier. Toutefois, même si ce statut paraît adapté aux fonctions du directeur financier, il n'en reste pas moins critiquable, notamment, lorsque les fonctions du directeur financier peuvent s'apparenter à celles d'un organe dirigeant. Son implication dans la stratégie, ainsi que ses pouvoirs de représentation de l'entreprise constituent un risque d'être qualifié de dirigeant de fait. Face à ce constat, le directeur financier ne devrait-il pas devenir un dirigeant ?

Par conséquent, la qualification du directeur financier au sein de l'entreprise reste à éclaircir. Lors de la création d'un statut juridique du directeur financier, le législateur devra prendre en compte le statut hybride de directeur-salarié afin d'établir un régime adapté aux fonctions du directeur financier.

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

M-E. ANDRE, M-P.DUPONT, P. GRIGNON

- *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005

A. BENABENT

- *Les obligations*, 14^{ème}, éd. Montchétien, 2014

A.BECHET, T.LUTHI

- *50 ans d'histoire des directions financières*, éd. DFCG, 2014

J-M. BERGERE, Y. CHASSARD

- *A quoi servent les cadres, l'observatoire des cadres*, éd. Odile Jacobs, 2013

J. BERK, P. DEMARZO

- *Finances d'entreprises*, éd. Pearson France, 2014

C.-J. BERR

- *La place de la notion de contrôle en droit des sociétés*, in Mélanges Bastian, T.1, Droit des sociétés, éd. Librairie Technique, 1974.

H. BIDAUD, P.BIGNON, J-P.CAILLOUX

- *La fonction juridique de l'entreprise*, éd. ESKA, 1995

Th. BONNEAU, M.DRUMMOND

- *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} éd. Economica, 2010

B. BOULOC

- *Droit pénal général*, 23^{ème} éd. Dalloz, 2013

Études offertes à G. H.CAMERLYNCK

- *Tendances du droit du travail français contemporain*, éd. Dalloz, 1978

A-S. CHASSANY, J-P. LACOUR

- *Enron la faillite qui ébranla l'Amérique*, éd. Broché, 2003

P. CLERMONT

- *Le droit de la communication financière*, éd. Joly, 2009

COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)

- *Référentiel intégré de contrôle interne. Principe de mise en œuvre et de pilotage*, éd. Eyrolles, 2014

J-D. DARSA.

- *La gestion des risques en entreprise*, 3^{ème} éd. GERESO, 2013

C. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARRO, D. NECHELIS

- *Droit comptable*, éd. Dalloz, 2004

M.DELHOMME, Y. MULLER

- *Comptabilité et droit pénal*, éd. Litec.2009

J. DUPICHOT

- *Regards sur le « nouveau » juriste d'entreprise et la gestion du risque juridique*, in Aspects du droit privé au fin du XXème siècle, Etudes réunies en l'honneur de Michel Juglart, éd. LGDJ,.1986.

E. DU PONTAVICE

- *Droit comptable*, in Encyclopédie de gestion, éd. Economica.1989

Cabinet PRICEWATERHOUSECOOPERS

- *Mémento Expert Francis Lefebvre, Fusions & Acquisitions, Aspects stratégiques et opérationnels, Comptes sociaux et Résultats fiscal, Comptes consolidés en normes IFRS*, éd. Francis Lefebvre, 2012

- *Développement durable – Aspects stratégiques et opérationnels*, éd. Francis Lefebvre, 2010

CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DES COMPTABLES AGREES

- *Comptabilité et droit pénal des affaires*, éd. Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables, 1979

G. CORNU

- *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. PUF, 2014

M. FABRE-MAGNAN

- *De l'obligation d'information dans le contrat*, Essai d'une théorie, éd. LGDJ, 1992

J. FOURASTIE

- *La comptabilité*, éd. PUF, 1992

J. FROSSARD

- *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, éd. LGDJ, 1965

P. GARNIER

- *La comptabilité, algèbre du droit et méthode d'observation des faits économiques*, éd. Dunod, 1947

C. GUILLOT-SOULEZ

- *La gestion des ressources humaines*, éd. Lextenso, 2015

Y. GUYON

- *Droit des affaires*, 12^{ème} éd. Economic, 2003

W. JEANDIDIER

- *Droit pénal des affaires*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2012

P. JESTAZ

- *Les sources du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz, 2015

C. KARYOTIS (Sous la direction de)

- *La crise en 40 concepts clés*, éd. RB, 2013

J. LARGUIER, P. CONTE

- *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd. Broché, 2004

A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON

- *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd. Litec, 2013

F. LEROY

- *Les stratégies de l'entreprise*, 4^{ème} éd. Dunod, 2012

P. LOKIEC

- *Contrat et pouvoirs : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, éd. LGDJ, 2004

H. LONING, V. MALLERET, J. MERIC, Y. PESQUIEUX, E. CHIAPELLO, D. MICHEK, A. SOLE

- *Le contrôle de gestion – Organisation, Outils et pratiques*, 4^{ème} éd. Duno, 2013

Ph. LE TOURNEAU

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd. Dalloz, 2010

A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES

- *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd. Dalloz, 2008

A-C. MADDOLI-RESTOUX

- *Responsabilité de l'expert-comptable : risques judiciaires et préventions*, 2^{ème} éd. Litec, 2003

Ph. MALAURIE, L.AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK

- *Les obligations*, 6^{ème} éd. Broché, 2013

G. MELYON

- *Gestion financière*, 4^{ème} éd. Bréal. 2007

B. MERCADAL

- *Mémento Francis Lefebvre, « Contrats et droits de l'entreprise »*, éd. Francis Lefebvre, 2000

M-F. MIALON

- *Les pouvoirs de l'employeur*, éd. LGDJ, 1998

J. PAILLUSSEAU

- *Le société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise*, éd. Sirey, 1967

F. PASQUALINI

- *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, éd. Litec, 1992

M. PENOUIL

- *Les cadres et leur revenu*, éd. Génin, 1957

C. PIERRAT

- *La gestion financière de l'entreprise*, 3^{ème} éd. La découverte, 2014

X.PIN, W.JEANDIDIER

- *Droit pénal des affaires*, éd. Précis Dalloz, 2012

R-J. POTHIER

- *Œuvre de Pothier, Traité des obligations*, éd. Dabo Jeune, Librairie1825

A. ROBERT

- *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables*, 2^{ème} , éd. Dalloz, 2011

J-H.ROBERT, H.MASTOPOULOU

- *Traité de droit pénal des affaires*, éd. Puf droit fondamental, 2004.

Y.SERRA

- *L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats*, éd. Sirey, 1970

P.SERLOOTEN

- *Vers une responsabilité professionnelle*, éd. Mélanges Hébraud, 1981

S.SION

- *Profession directeur financier*, 2^{ème} .éd. Dunod, 2014.

B.STARCK, H.ROLAND, L.BOYER

- *Les obligations*, T.2, 6^{ème} éd. Litec, 1988

E.STEPHANY

- *Gestion financière*, 2^{ème} éd. Economica, 2000

G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC

- *Droit pénal général*, éd. Dalloz, 2007

M.STORCK

- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, éd. LGDJ, 1998

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE

- *Les obligations*, 11^{ème} éd. Broché, 2013

N.VERON, M.AUTRET, A.GALICHON

- *L'information financière en crise : comptabilité et capitalisme*, éd. Odile Jacob, mai 2004

M.VERON

- *Droit pénal des affaires*, éd. Broché, 2012

J-C. VIDAL, P.MUDET

- *Communication financière*, éd. Francis Lefebvre, 2011

G.VINEY, P.JOURDAIN

- *Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de Jacques Ghestin, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013,

II ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

H. ASHBAUGH-SKAIFE, D.W. KINNEY, R. LAFOND

- « The effect of internal control deficiencies and their remediation on accrual quality », *The Accounting Review*, 2008, 83 (1), p.185

C. BAILLY-MASSON

- « L'intérêt social, une notion fondamentale », *PA*, 9 nov.2000, p.6.

BAKER & Mc.KENZIE

- « Study on Trade Secrets and Confidential Business information in the Internal Market », avr.2013, n° MARKT/2011/128/D.

J-F. BARBIERI

- « Devoir de coopération avec les professionnels du chiffre et rémanence de la faute du préposé », *Bull. Joly Société*, 1^{er} fév.2014, n°2, p.121

J-B. BARNEY

- « Strategic factor markets : expectations, luck, and business strategy », *Management Science*, 1986, 32, p.1231.

G. BENOIT

- « Risque pénal : les directeurs financiers plus exposés », *Option finance* n°1110-2011, p.14

V.Y. BERNHEIM

- « Comptabilité et environnement », *Rev. dr. compt.*, janv, 1996, n°1, p.125

J-P. BERTREL

- « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.*1996.p.595

O. BOIRAL

- « Concilier environnement et compétitivité, ou la quête de l'éco-efficience », *Rev. Fr. de gestion*, vol.31, n°158 p.163-186.

D. BOMPOINT

- note sous arrêt, CA Paris, 1^{er} ch. Sect. H, 15 mai 2008, *Bull. Joly Bourse*, 2008, p.471, §59,

P. BROMILEY, A. MARCUS

- « The deterrent to dubious corporate behavior: profitability, probability, and safety recalls », *Strategic Management Journal*, 1989, 10, p.233

Th. BONNEAU

- Note sous arrêt, CA.Paris, 13 sept. 2005 n°2005/07262, *Bull.Joly.Bourse*, 01 mars 2006, n°2, p.166.

B. BOULOC

note sous arrêt, cass.crim., 9 nov. 1992 n°92-81.954, *Bull.Crim.* n°364, « La complicité dans la présentation des comptes annuels inexacts », *rev. soc.* 1993, p.429,

- note sous arrêt, cass.crim., 15 mai 1997, n° 96-80.399, « Délit d'information trompeuse sur la situation de la société et délit d'initié », *Rev. soc.* 1998, p. 135.

-note sous arrêt, cass.crim., 26 oct.1995, n°94-83.780, *Bull.crim.*n°234, « A propos du délit d'initié...trois questions : l'avis de la COB, la compétence des tribunaux français et l'existence des délits », *Rev.soc.*1996.326

-note sous arrêt, cass.crim., 23 mai 2007, n°06-87.590, *Bull.crim.*n°138, « Délégation de pouvoirs. Appréciation des juges du fond. Responsabilité pénale. Chef d'entreprise. Exonération. Délégation de pouvoirs. Appréciation souveraine » *RTD.com*, 2008.198

P. BOUZAT

-note sous arrêt, cass.crim., 9 nov. 1992 , n°92-81.954, *Bull.crim.*, n°364, « Société. Sociétés par actions, Sociétés anonyme, Présentation de comptes annuels inexacts, Complicité », *RTD.com.*1993.725

Etude réalisée par le cabinet E&Y

- « The DNA of the CFO », 2013, p.3

M. CAMPELLO, J-R. GRAHAM, CR. HARVEY

- « The Real Effects of Financial Constraints: Evidence from a Financial Crisis », *Journal of Financial Economics*, éd 2010, n°97.

M. A. CARON, A. FORTIN, M. NARS-EDDIRE FERCHICHI

- « Le comptable et la responsabilité sociale de l'entreprise : une question de connaissances ou de compétences ? », *Revue Gestion*, 2006/2 (Vol 31), p.146, DOI 10.3917/riges.312.0092.

F. CHAMPEAUX

-note sous arrêt, cass.soc., 31 janv.2012, n° 10-24.412, bull.civ, n°45, Semaine sociale Lamy, n°1525, p.10

-note sous arrêt, cass.soc., 31 janv.2012, n° 10-24.412, bull.civ, n°45, Semaine sociale Lamy, n°1525, p.10

Y. CHAPUT

- Rép. soc. v°« Objet social »,

L. CHEVALLARD

- « 1999 : l'année des OCEANE », *Option finance* 1999, n° 530, p. 10.

D. CHILSTEIN

- note sous arrêt, cass. soc. 23 mai 2007, n°66-87.590, « La délégation de pouvoirs est-elle de nature contractuelle ? », *Bull.Joly.soc.*, 1^{er} nov. 2007, n°11, p.1256. -

A. CŒUR, F. DUQUESNE

- « La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », *JCP E*, 2011, p. 1397

C. COGLIANESE, D. LAZER

- « Management-based regulation : prescribing private management to achieve public goals », *Law and society review*, 2003, 37(4), p.691

C. COLLARD

- « Le risque juridique existe-t-il ?- Contribution à la définition du risque juridique », *CDE* 2008, dossier 3

- « Performance juridique et avantage concurrentiel », *PA*, 2007, n°146.

A. CONSTANTIN

- note sous arrêt, *cass.com.*, 15 nov.2011, n°10-15.049, *Bull.civ.*, n°188, « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négociier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD.com.*2012.134

A. COURET, J-L. GUILLOT, F. PELTIER

- « Les emprunts obligataires donnant droit à des actions », *Dr.soc. Actes prat.* 1993, n° 8

A.COURET

- « L'intérêt social », *JCP E*, *Cah. dr. entr.*, suppl. 1996, n° 4

A. COURET, B. DONDERO

- Note sous arrêt, *Cass.com.*, 15 nov. 2011, n°10-15049, *Bull.civ.*, n°188, *JCP. E*, 2011, p.16 .

D. COSNARD

- « Secret des affaires : Le gouvernement retire son projet », *le Monde.fr*, 30/01/2015

P-F.CUIF

- « Le conflit d'intérêts : Essai que la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD.Com.*, 2005, p.1.

B. DABOSVILLE

- note sous arrêt, *cass.soc.*27 mars 2013, n°11-19.734, *bull.civ.*, n°95, « Liberté d'expression d'un cadre supérieur s'adressant aux dirigeants de l'entreprise », *Dr.soc.* 2013, p.453

B. DAILLE-DUCLOS

- « Le devoir de loyauté du dirigeant » : *JCP.E*, 1998, p.1486.

O. DECIMA

-note sous arrêt, *cons. const.*, 18 mars 2015, n 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC , « Le fantôme de ne bis in idem, *D.*2015,.874

N. DECOOPMAN

- Note sous arrêt, *CA. Paris*, 30 nov. 1994, « De l'inefficacité de la délégation de pouvoirs en matière d'information du public », *Bull. Joly Bourse* 01 janv.1995, n°1.

N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER

- « La responsabilité du dirigeant de fait », rev. soc. 1997, p.499

X. DELPECH

- Note sous arrêt, cass.com, 6 févr. 2007, *D. 2007*, AJ .725.

M. DELHOMME

- note sous arrêt, CA. Paris, 13 févr. 2004, n°2002/09201, « Expert-comptable Association-Obligation de moyens-Vérifications insuffisantes », *Bull. Joly 2004*. 769.

H. DE VAUPLANE

- note sous arrêt, CA. Paris, 15 nov. 1997, *Bull.Joly Bourse*, 1997, p.628 §96

A. DETHOMAS

- « L'évolution du manquement d'initié », *D.2005* p.705

C. DESIADINS

- « Daniel Bacquerôet : Le directeur financier crédibilise la stratégie de l'entreprise », *Les Echos.fr*, 09/11/11

A. DESCLEVES, J.MOUGEL

- « Obligations complexes : les nouveaux mécanismes d'accès au capital de l'émetteur ou des sociétés du groupe, Banque et droit » n° 67

M. DESPAX

- « L'évolution du rapport de subordination », *Dr.Soc.* 1982, p.15.

DFCG

- « Le directeur financier supporter ou leader de la transformation », Capgemini Consulting, p.5.

J-M. DO CARMO SILVA

- « Les lignes d'actions, ou equity lines, confrontées au droit des sociétés », *D.2002*. Chr.3325.

E. DOCKES

- « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1997. p.140

C. DUCOULOUX-FAVARD

- « Infractions boursières, délits et manquements et faute disciplinaires », *dict.joly.bourse*, n°221 et 222

- Note sous arrêt, Cass.crim., 15 mars 1993, n°93-82.263, *Bull Crim* n°113, D.1993-610

O.DUFOUR

-« Bruxelles pénalise les abus de marché », *LPA 2011*, n° 220, p. 3

Sous la direction de A. DUPAYS,

- « Salariés éligibles au forfait annuel en jours », *Lamy, dr. soc.*, pts 3387.

E. DU PONTAVICE

- « Le droit comptable et les techniques contractuelles dans la pratique des affaires, Commission droit et vie des affaires », Liège, 1982, p.281 et s.

F. DUQUESNE

- « société par actions simplifiées, représentants légaux, Possibilité de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés, licenciement, Ecrit non nécessaire, délégation découlant des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 2011, p.1001

E. DREYER

-« Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.*2004.p.937

J. DUPLAT

- note sous arrêt, cass.soc., 14 déc. 1999, n°97-41.995, *bull.civ.*, n°488, « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés, *Dr.soc.*, 2000, p.163

E. EICHEL

- « Point de vue sur la notion de comptabilité fictive », *Gaz.Pal*, 1987, 1 doct.p.481

R. ENGUERAD

-« Les valeurs technologiques devant le mur de dettes convertibles », *Les Echos*, 4 novembre 2002, p.20

T. FAVARIO

-note sous arrêt, cass.com, 15 nov.2011, n°10-15.049, *Bull.civ.*, n°188, « Variation sur le devoir de loyauté de l'associé et du gérant de SARL », *D.*2012.134.

F. FAVENNEC-HERY

- note sous arrêt, Cass.soc., 13 janv.2009, n°06-46.208 : *Juris-Data* n°2009-046557, *JCP S.* 2009, p.2096

P. FIESCHI-VIVET

- « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS*, 7/1991.414

J. FOUNIER, C. FLAGEUL

- « Normes d'audit, avis technique CNCC relatif à la communication d'informations sociales et environnementales dans le rapport de gestion » : *RFC*, n° spéc ., juin 2003, n°356, p.6.

J-M. GARINOT

- « L'union Européenne au secours du secret d'affaires », *Dr. patrimoine*, janvier 2014, n°232, p.20.

M. GIACOPELLI

- « Délit et manquement d'initié », *Rép.dr. pénal*, mai 2015, pts 14

M. GIACOPELLI-MORI

- « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. Crim.*, juillet, 2000, p.542.

P.M. GERMAIN

- « l'intérêt commun des actionnaires, in Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées », *cah. dr. ent.*, avr.1996, p.13.

L. GODON

- note sous arrêt, cass.com. 15 nov.2011, n°10-15.049, *Bull.civ*, n°188, « L'obligation de non-concurrence de l'associé et du dirigeant de société », *Rev.sociétés*, 2012.134

G. GOFFAUX-CALLEBAUT

- « La définition de l'intérêt social ; Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD Com.*, 2004, p.35

M-J. GOMEZ-MUSTEL

-« Les cadres et le temps de travail », *RJS.2000*, p 161

J. HAUSSER

- note sous arrêt, cass.soc., 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ*, n°488, « L'indisponibilité relative dans des droits la personnalité ; conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret », *RTD.civ*, p.801

M. HAUTEFORT

-note sous arrêt, Cass. Crim., 2 mars 1999, n°98-80.302, *Jurisprudence sociale Lamy*, 1991, n°38, « La délégation de pouvoirs est implicite pour les cadres dirigeants ».

G. HELLERINGER

- « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D.*, Etudes et commentaires, 2012, n°24/7517, p.1560

H. HOVASSE

- Note sous arrêt, Cass.com., 25 janv.2005, n°02-18.287, *Juris-Data* n°2005-026794, *Dr. soc.* 2005.71,

R. HUMETZ

- « Le professionnel comptable peut-il être déclaré complice par négligence », *R.F.C.256-* mai 1994p.61 et suiv

M-L. IZORCHE

- Note sous arrêt, Cass. Civ. 1^{er}, 18 janv. 2000, n°97-17.716, *Bull.civ*, n°13, *D.2001.3359*,

A. KLEIN

- « Audit committee, board of directors characteristics, and earnings management », *Journal of Accounting and Economics*, 2002, 33(3), p.375.

G. KOLIFRATH

- « Une nouvelle voie pour le financement des sociétés : les « lignes de crédit actions », *RD banc.fin.2001*, p.267.

P-LASSEGUE

- « Esquisse d'une épistémologie de la comptabilité », *Rev. d'éco. po.*, 1982, p.321

J. LASSERRE-CAPDEVILLE

-note sous arrêt, Tribunal correctionnel de Paris, 11^{ème} chambre, 21 janvier 2011, n° 11/03728, *Bull.Joly Bourse*, avr. 2011, p.236,

- « le délit d'initié modelée par les juges », *AJ.Pénal*, 2011, p.58

- « Affaire Messier ; précision en droit pénal des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse*, 4 avr.2011, n°4, p.236.

D. LEDOUBLE

- « Droit comptable », *JCP.E*, 1993, 224, p.107

T. LE BARS

- « les sociétés cotées fractionnent l'augmentation du capital », *JCP E*. 2002.P. 1250

N. LEGER

- note sous arrêt, cass.soc., 31 janv.2012, n°10-24.412 « temps de travail : qualification de cadre-dirigeant », *JCP.S*, 2012.88.

J-P. LEGROS

- « Le directeur salarié d'une association qui exerce en toute indépendance des actes positifs de gestion peut être qualifié de dirigeant de fait », *Dr. soc.* n°1, Janvier 2009, commentaire n°14

H. LE NABASQUE

- « Les nouvelles formes d'augmentation capital : l'equity line en liberté surveillée », *RD banc.fin.*2003, p.43

- « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p.282

-note sous arrêt, Cass.com., 15 novembre 2011, n°10-15049, *Bul. Joly Soc.*, 2012, §116.

J-F. LEPETIT

- « Les avertissements sur les résultats » publié le 6 avr.2000, source COB, P.13.

P. LE TOURNEAU, C. BLOCH, D. KRAJESKI

- « Contrats de service », *Act. Resp. contrats*, pts, 3992

J-P. LHERNOULD

- note sous arrêt, Cass.soc., 16 mai 2007, n°05-41.141 : *Juris-Data* n°2007-039159, *JCP. S.* 2007, 1567.

B. LOEVE

- « Due diligence » et « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE » *Cah. dr.ent.* n°3, mai/juin 2010, p50

D. LOCHAK

- « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr.soc.*, n°1, Janvier 1982

G. L'OISEAU

- « La liberté d'expression du salarié », *Rev. trav.* 2014. 396

P. LOKIEC

- note sous arrêt cass.soc., 31 janv.2012, n°10-24.412, *bull.civ*, n°45, « La notion de cadre », *D.2012*, p.1167

- « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.2012*.901

. Sous la direction de M-A. LYON-CAEN,

- « Personnel d'encadrement : Cadres et agents de maîtrise », *Rép.dr.tr.*, pts.96

G. LYON-CAEN

- « Quand cesse-t-on d'être salarié », *D.* 1977, chron.p.109

J-P. MARCHI

-note sous arrêt, CA., Paris, 14 janvier 1993, *Gaz.Pal.*, 1993.1.198

N. MATHEY

-« Rep. Soc, v° Représentation»,.

M.L. MATTHIEU-IZORCHE

- note sous arrêt, cass. civ. 1^{er}, 18 janvier 2000, n°97-17.716, *Bull.civ. I*, n°13, *D.2001*.3359,

F. MAURY

- « *Réflexions sur la distinction entre obligation de moyens et de résultat* », *RRJ*, 1998, 1243

H.MASTOPOULOU

- La délégation de pouvoirs dans l'entreprise : nécessité et danger, *rev.Lamy dr. aff.* 2012, Colloque Dijon 2012, « le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs ».

- « Les effets d'une délégation de pouvoirs en matière de fraude fiscale », *RSC.2008*.615.

H. MAZEAUD

- « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*1936.1.

N. MENNESSON

- « Abus de marché : vers une refonte du régime communautaire ? », *JCP.E* 2011, n° 49, 1881

M.MORAND

-« *Les cadres dirigeants et le temps de travail* », *RJS*, 5/2012., p.347

Sous la direction de H. MASTOPOULOU, C. MASCALA

- « dirigeant de fait », *Le lamy de droit pénal des affaires*, éd. Wolters kluwer France, 2014, pts 2328

R. MONTFORD, D. CHIJNER

- « Recours au Bridge Loan dans les sociétés non cotées », *JCP. E*, 2002, p.1130

J-L. NAVARRO

- « Secret professionnel et devoir de discrétion : il n'y a pas à distinguer », *JCP E* .2005, p.1489-1490.

C. NOUEL

- note sous arrêt, CA. Reims, 21 janvier 2002, *Bull.Joly Société*, 2002, n°6, p.708

F. PASQUALINI, V. PASQUALINI-SALERNO

- Rep.com., v°*Expert-comptable*

F.PASQUALINI, V. PASQUALINI-SALERNO

- Note sous arrêt, CA Paris, 21 mars 2001, *JCP. E* 2002. 916, n° 17

- Note sous arrêt, cass.com. 20 novembre 2001, *JCP .E* 2002. 916, n° 17

F. PASQUALINI

- note sous arrêt, CA. Paris, 28 mars 2003, n°2002/02968, *JCP.E.*, 2004.1192

- note sous arrêt, CA. Paris, 12 oct. 2001, n°1999/17916, *Bull.joly.soc.*, janv.2002, p.42, n°5

F. PELLETIER

- « Vers une cohérence des sanctions administratives ou pénales des abus de marché », *JCP E* 2011, n° 50, 1905

Y. PICOD, S. ROBINNE

- Rep.Trav, v° Les obligations de non-concurrence »

P. PIGASSOU

- « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », *Dr. Soc.* 1982, p.578

G. PIGNARRE

- note sous arrêt, cass.soc., 31 janv.2012, n°10-24.412, *Bull.civ*, n°45 « Le cadre-dirigeant : identification d'une catégorie, enjeu d'une distinction », *Rev.trav.*2012.379.

A. PIROVANO

- « La boussole de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.1997. Chron.*189

V. PONTIF

-note sous arrêt, cass.soc. 27 mars 2013, n°11-19.734, *bull.civ*, n°95 « Qualité de cadre dirigeant : « gare au contenu du contrat de travail ! », *Rev.tra.*2013, p.491

D. PORACCHIA, D. MARTIN

- « Regard sur l'intérêt social », *Rev. Soc.* 2012, p. 475

J-B. POULLE,

- « La régulation par l'information des marchés financiers », *LPA.*2009, n°15,p.6.

M. POWER

- «The Audit Society. Rituals of Verification », Oxford University Press, 1997, p.183

E. PONTAVICE

- « Commissaire aux comptes, expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux », *Rev.soc.*, n°4, 1988, p.489

A. PROJODO, D. VALLADAO, J-M ULVEY

- « Corporate cash holding Policy : A Multistage Approach with an Application en the Agribusiness Sector », Working Paper, QWAFEFW Meeting, Princeton University

B. PY

- « Secret professionnel », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, févr. 2003 mise à jour oct. 2014, p45/50

C. RADE

- note sous arrêt Cass.soc., 13 janv.2009, n°06-46.208, *Bull.civ*, n°12, *Dr.soc.*2009, p. 611

F. RANIERI

- « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RID. comp.* 1998, p.1055, spéc. p. 1062 et s

J-E. RAY

- note sous arrêt, cass.soc., 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ*, n°488 « Droit de critique et obligation de réserve d'un cadre-dirigeant », *Dr.soc.* 2000, p.165

Y. REINHARD

- « Non déclaration de franchissement des seuils », *RTD.Com.*, 1993, p.113

T. REVET

- « L'objet du contrat de travail », *Dr.Soc.*1992.859

J. RIGGS

- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain », Colloque sur « le devoir de loyauté » du 28 octobre 1999, *Gaz.Pal*, n°338, 2000, p.62

J-C RIVES-LANGES

- « La notion de dirigeant de fait », *D.*1975.chron.41

C. ROQUILLY

- « De la conformité réglementaire à la performance : Pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cah.dr.entr.*, n°6, nov.2009, dossier 34, p.4

N. RONTCHEVSKY

- Instruments financiers et délits boursiers, in Actes du colloque de Reims, 9 janv. 2002, l'utilité de la notion d'instrument financier, *PA*, 28 mars 2002, n°63, p.25

- note sous arrêt, CA., Paris, 2 avr.1997 : *Bull.Joly Bourse*, 1997, p.611, § 94,

- note sous arrêt, CA. Paris 26 oct.1999 : *Bull. Joly Bourse*, 2000, p.153, §34,

- « Le Conseil constitutionnel met fin au cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives pour manquement et pour délit d'initié et impose une réforme du cadre répressif des abus de marché », *RTD com.*2015.317.

R. ROUTIER

- Rep.soc., v° Directeur général délégué »

G. ROYER

- Note sous arrêt, Cass.Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.453, *Bull. crim. , AJ. Pénal*, 2006.p. 364

- Note sous arrêt, Cass.crim., 23 mai 2007, n°06-87.590, *A.J.Pénal*, 2007.p. 380

S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN

- L'« intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 2009, p. 735

P. SABLIERE

- « Une nouvelle source du droit ? », *AJDA.*, 2007.66

R. SALOMON

-Note sous arrêt, Crim. 14 juin 2006, no 05-82.453, *Bull. crim.* N° 178, *Dr. sociétés* 2006, comm. 132,

J. SAVATIER

- « Pouvoir patrimonial et direction des personnes, *Dr. Soc.*, 1982, P.1

- « Licenciement, délégation de pouvoirs de licencier, Forme écrite non nécessaire, appartenance du mandataire à l'entreprise, application dans un groupe de société », *Dr. soc.*, 2005, p.675

D. SCHMIDT

- « De l'intérêt social », *JCP.* 1994 éd. EI488

V.J. SHAPIRA

- « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.*1971, p.957

F. STASIAK

-« Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières », *RSC* 2012, p.571.

M. STORCK

- « L'état se desserre autour des initiés », *Bull. Joly Bourse*, 2010, n°2, p.92

F. SUDRE

-« Principe de non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP.G.*2015.368, 369

A. SUPIOT

- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p.131

M. TELLER

- « Développement durable et comptabilité », *cah. dr.entr.* n°3, mai 2010, dossier 15, p.5.

H. TISSANDIER

- Note sous arrêt, *Cass.soc.*, 16 mai 2007, n°05-41.141 : *Juris-Data* n°2007-039159, *RTD* 2007, p.535

Ph. LE TOURNEAU

- « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*1987, *chron.*p.101

- « Les actions des dirigeants initiés dans les sociétés par actions » *RTD.com.*1971, p 593

Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE

- « La bonne foi », *Répertoire de droit civil*, Pts.2

A. TUNC,

- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP.* 1945. I. 449

- « Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées », *Rev. inter.dr.comp.*, 1996, Vol 48, n°3, p.647-655

-note sous arrêt, *TGI Paris*, 19 oct.1976, *JCP*, 1977.II.18543

-note sous arrêt, *T.G.I.*, *Paris*, 18 avril 1979, *JCP*, 1980, G, I, 19306

-note sous arrêt, *T.G.I.* *Paris*, 26 mai 1977, *JCP* 1978, II, 174,789

-note sous arrêt, *T.G.I.*, *Paris*, 19 dec.1975, *JCP*, 1976, G, II, 18329

D. TRICOT

- « les critères de la gestion de fait », *dr. et patr.*, 1996, p.24

G.VACHET

- Note sous arrêt, *Cass.soc.* 31 octobre 2007, n°06-43.876, *JCP.S.*2008,1004

F. VERDUN

- Gestion des risques juridiques : Quelques propositions méthodologiques – Dossier – « Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien », *Cah. dr.entr.* n°1, janvier 2008, dossier 8.

M. VERICEL

- note sous arrêt, *cass.soc.*, 31 oct.2007, n°06-43.876, « De l'étendue du contrôle du juge su le forfait jours », *Rev.trav.*2008.110.

A. VIANDIER

- Note sous arrêt, *Cass. com.* 2 juin 1987, *D.* 1987. 500

F. VIDAL

- « Les OCEANE submergent les obligations convertibles », *Option finance* 1999, n° 556, p. 10.

C. VIGOUROUX, J. RICHARD

- « Du droit mou au droit souple », *AJDA*, 2013, 18 25

F. WINDSOR, D. LEDOUBLE

- « Existe-t-il un droit comptable ? », *Cah.dr.ent.*, 1977, IV, p.1 et s.

III THESES

T. AUBERT-MONPEYSEN

- *Subordination juridique et relation de travail*, Préface M. Despax, éd. CNRS 2988

C. CASEAU-ROCHE

- *Les obligations post-contractuelles*, th.Paris I, 2001, n°340.

P. DIDIER

- *De la représentation dans le droit privé*, éd LGDJ, 1997, Introduction

M. FABRE-MAGNAN

- *De l'obligation d'information dans le contrat*, Essai d'une théorie, éd LGDJ, 1992, n°11.

N. FERRIER

- *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Préface P. Petel, 2005, pts.5

E. GAILLARD

- *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p.150, n°235.

J-M. GARINOT

- *Le secret des affaires*, éd Lexis nexis, 2013 §25.

V. LEGAL

- *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile*, Paris, 1992

N. FERRIER

- *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Préface P. Petel, 2005, pts.5

III JURISPRUDENCE

Cour d'appel

CA. Bordeaux, 9 févr. 1976, *Bull.CNCC*, 1976, n°22.169.

CA. Montpellier, 24 mai 1977, *RJ. com.*1978.212.

CA Rouen, 23 mai 1978, *JCP* 1979 II. 19235

CA. Paris, 26 mai 1977,

- note sous arrêt, *JCP*, 1978, II, 18 789, A.Tunc

CA, Paris, 11 juin 1987, *Bull Joly* 1987.719.

CA., Paris, 14 janv. 1993,

- note sous arrêt, *Gaz.Pal.*, 1993.1.198, J-P. Marchi, H. Bonneau,

CA. Paris, 15 mars 1993,

- note sous arrêt, *RTD.Com.*, 1993.113, Y. Reinhard

CA. Paris, 30 nov. 1994,

- note sous arrêt, *Bull.Joly.Bourse*, 1995, n°1, p.31, N. Decoopman

CA., Paris, 2 avr.1997

- note sous arrêt, *Bull.Joly Bourse*, 1997, p.611, § 94, N.Rontchevsky

CA. Paris, 15 nov. 1997,

- note sous arrêt, *Bull. Joly Bourse*, 1997, p.628 §96, H. de Vauplane

CA. Paris, 2 mai 1997, *Juris-data* n°023476.

CA. Paris, 26 oct.1999 :

- note sous arrêt, *Bull. Joly Bourse*, 2000, p.153, §34, N.Rontchevsky

CA. Paris, 14 avr. 1999, *RJDA*.1999, n°945

CA. Paris, 25 sept.2000, XP250900X

CA. Paris, 30 mars 2001, *Juris-data* n°147324.

CA. D'Agen, 16 mai 2011, n°10/00086.

CA. Paris, 21 mars 2001,

- note sous arrêt, *JCP éd. E* 2002. 916, n° 17, F. Pasqualini, V. Pasqualini.-Salerno.

CA. Paris, 12 oct. 2001, n°1999/17916,

- *Bull.joly.soc*, 2002.42, n°5, note sous arrêt, F.Pasqualini

CA. Reims, 21 janv. 2002,

- note sous arrêt, *Bull.Joly.Sociétés* 2002.708, C.Nouel

CA. Paris, 13 févr. 2004, n°2002/09201

CA. Paris, 13 sept. 2005 n°2005/07262

CA. Colmar, 25 janv.2007, n°05/04874

CA. Aix en Provence, 8 janv.2007, n°05/18908

CA. Paris du 7 oct.2008, n°08/01096

CA. Besançon, 10 juin 2008, n°07/02475

CA. Toulouse, 25 juin 2008, n°07/03893

CA. Douai, 15 mai 2008, n°05/01774

CA Paris, 15 mai 2008,

- note sous arrêt, *Bull Joly Bourse*, 2008, p.471, §59, D.Bompoint.

CA. Bordeaux, 31 mars 2009, n°08/04375

CA. Lyon, 9 avr. 2010, n°08/04380

CA. Douai, 12 mai 2010, n°07/01720

CA. Paris, 30 oct. 2010, n°09/13348.

CA. Lyon, 9 mai 2011, n°10/0041

CA, Paris, 16 nov. 2011, n°10/01538

CA, Dijon, 19 avr. 2012, n°11/00294

CA, Paris, 5 juin 2012, n°10/05728

CA, Paris, 14 juin 2012, n°10/08602.

CA. Colmar, 8 avr. 2014, n°12/04617.

CA., Paris, 19 mai 2014, n°11/03738.

CA., Paris, 11 déc. 2014, n°12/09349.

CA, Reims, 23 janv. 2015, n°12/06997.

Cour cassation

Cass.crim., 30 mai 1930, *Jurisprudence social*, 1931, p.552

Cass.soc., 22 juillet 1954, *Bull., Civ., IV*, n° 576

Cass.Soc., 11 octobre 1961, n°59-40.660, *Bull.civ. IV*, p.670

Cass.soc., 18 juil. 1963, *Bull civ VI*, n°618

Cass.crim., 27 déc. 1960, *Bull.crim*, n°304.

Cass.com., 25 janv. 1968, *D.* 1968, p.153.

Cass.crim., 27 oct. 1971, n°71-90.754., *Bull crim*, n°284.

Cass.crim., 11 janv.1972, n°71-91.931, *bull.civ*, n°14.

Cass.crim., 15 mai 1974, n°73-92.401, *Bull.crim*, n°176

Cass. soc., 23 juin 1976 n° 75-40.244, *Bull. civ.* n° 383.

Cass.soc., 6 oct. 1977, n°76-40.868, *Bull.civ*, n°516 ;

Cass.crim., 24 févr. 1977, *Bull.crim.* n°77.

Cass. Crim, 5 févr. 1979, *Bull.crim.*, n°48

Cass.crim., 15 janv.1979, n°77-90.394, *Bull. crim.*, n°21.

Cass.crim., 14 déc.1966, n°65-906.77., Publié au Bulletin.

Cass.soc., 3 juin 1981, n°79-42.005, *Bull.civ*, n°499

Cass.crim, 14 janv. 1980, Gallet : *Bull.crim.* n°21

Cass.crim., 30 nov. 1981, n°81-90.503

Cass.Crim., 3 nov. 1982, n°80-94.536

Cass.crim., 9 juil.1987 n°85-96.208, inédit.

Cass. com., 2 juin 1987, *D.* 1987. 500, note A. Viandier

cass.com, 8 déc. 1987, n°87-11.170, *Bull.civ.IV*, n°264.

Cass.crim., 16 janv.1989, n°87-90.177, inédit.

Cass.com., 13 mai 1981 n°79-41.497, *bull.civ*, n°414

Cass.crim, 30 mars 1989, n°89-87.460, inédit

Cass.crim., 29 mai 1990, n°89-84.177, *RJS*, 8-9/1990.

Cass.Soc. 14 juin 1990, n° 88-42.783,*Bull.civ*, n° 285 p. 171, *RJS*.1990. 526, n° 775

Cass.crim, 25 juil. 1991, n°90-85.362, inédit

Cass.civ., 3^{ème}, 20 nov. 1991, *Bull.civ.*, III, n°284

Cour.cass, civ.1^{er}, 2 juillet 1991, *bull.civ.*, I, n°228.

Cass.soc., 14 oct. 1992, n°89-41.738, *bull.civ*, n°512

Cass.soc. 27 mai 1992, n°89-40.257, inédit

Cass.civ., 28 avril 1993, n°90-16.367, inédit

Cass.crim., 6 déc.1993, n°93-81.475, *Bull crim* n°370

Cass.crim.,15 mars 1993, n°93-82.263, *Bull.Crim.*, n°113,

- D.1993-610, note sous arrêt Ducouloux-favard

Cass.crim., 4 janv. 1994, n°93-80.832, inédit.

Cass.com., 15 mars 1994, *Bull.crim* ,

- D.1995, p.30, note sous arrêt, Y.Reinhard,

Cass.crim. 19 déc. 1994, n°94-81.822

Cass.soc. 23 juin 1994, n° 91-41.395, inédit, Dr. soc. 1994. 798, RJS 1994. 588, n° 996

Cass.soc., 12 avr.1995, n°91-41.980, inédit.

Cass.crim., 26 juin 1995, n°93-81.646, *Bull.crim*, n°223

Cass.crim., 26 oct.1995, Bull.crim, n°234

- Rev.soc.1996.326. note sous arrêt, B.Bouloc,

Cass.crim., 26 oct.1995, Bull, n°324

Cass.soc, 19 mars 1996, n°94-44.143, inédit.

Cass. Soc., 13 nov.1996, n°94-13.187, *Bull.civ. V.386.*

Cass.crim., 15 mai 1997, n°96-80.399, inédit

- Rev .sociétés 1998, 135, note sous arrêt, B.Bouloc,

Cass.com, 13 janv.1998, n°35-18.993, inédit

Cass. Civ . 1^{er}, 25 févr.1997, n° 94-19.685, Bull.civ.I, n°75.

Cass.crim., 5 nov.1998 n°97-81.935, inédit.

Cass. crim., 2 mars 1999, n°98-80.302

- note sous arrêt, Jurisprudence sociale Lamy, 1991, n°38, M.Hautefort

Cass.soc, 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ.* n°488.

Cass.soc., 14 déc. 1999, n°97-41.995, *Bull.civ*, n°488 ,

- note sous arrêt, *Dr.soc.*2000, p.165, J-E. Ray,
- note sous arrêt, *Dr.soc.*, 2000, p.163, J. Duplat
- note sous arrêt, *RTD.civ*, p.801, J. Hauser

Cass.crim., 19 mai 1999, n °98-83.587, inédit.

Cass.soc., 28 mars 2000, n°97-42.943, inédit.

Cass.com, 1er février 2000, n°97-15.529, inédit

Cass. Soc. 3 mai 2000 n° 98-40.926, inédit.

Cass.com. 20 nov.2001, *JCP éd. E.* 2002. 916, note sous arrêt, Pasqualini. et V. Pasqualini.-Salerno.

Cass.crim., 4 avril 2001, n°00-84.222, inédit.

Cass.crim., 5 févr. 2002, n°01-81.470, inédit.

Cass. soc., 10 juil. 2002, n°00-42.734, inédit

Cass.Com., 28 mars 2003, n°00-20.041, *bull.civ*, n°46

- note sous arrêt, *RTD.com*, 2003.739, C. Champaud
- note sous arrêt, *D.*2003.975, D. Randoux
- note sous arrêt, *Rev. sociétés.*2004.104, Y. Guyon

Cass.soc., 10 juin 2003, n°01-42.567, inédit.

Cass.soc., 6 juil. 2004, *RJS*, 11/04, n°1127.

Cass.soc., 3 nov.2004, n°02-44.778, inédit

Cass.crim., 28 févr. 2002, n°00-41.220, *bull.civ.*n°82

Cass.crim., 6 oct.2004, n°03-86.643, inédit

Cass.com.fin.éco., 3 mars 2004, n°02-14.882

Cass. crim., 6 oct.2004, n°03-86.643.

Cass.crim., 6 oct. 2004, n°03-86.643, inédit.

Cass.com., 25 janv.2005, n°02-18.287, inédit, *JurisData* n°2005-026794,

- note sous arrêt, *Dr. sociétés* 2005.71, H. Hovasse

Cass.com., 30 mars 2005, n°03-15.761, inédit

CAA, Versailles, 23 mars 2006, n°04VEO2434, inédit

Cass.crim., 28 mars 2006, n°04-19-179, inédit.

Cass.soc., 10 mai 2006, n°04.47.772, formation restreinte des prud'hommes.

Cass.Soc., 7 juin 2006, n°04-45.781, inédit

Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.453, *Bull. crim.* N° 178 ;

- note sous arrêt, *Dr. soc.* 2006.132, Salomon
- note sous arrêt, *AJ pénal*, 2006.364, Royer

Cass.soc. 6 févr. 2007,

- note sous arrêt, *D.* 2007, *AJ* 725,.X. Delpech

Cass.soc., 16 mai 2007, n°05-41.141, inédit, *JurisData* n°2007-039159,

- note sous arrêt, *JCP.S.2007.1567*, J.-P.Lhernould
- note sous arrêt, *RDT 2007.535*, H.Tissandier

Cass.crim., 23 mai 2007, n°06-87.590, n°138.

Cass.crim., 3 oct. 2007, n°02-81.231, inédit.

Cass.soc. 31 oct. 2007, n°06-43.876, *bull.civ*, n°180

- note sous arrêt, *JCP.S.2008*, p.1004, G.Vachet
-

Cass.soc., 2 juil. 2008, n°07-40.400, inédit.

- note sous arrêt, *Bull.Joly.Soc*, 2007.1256, D.Chilstein

Cass.soc 12 nov. 2008, 07-42.220, inédit

Cass.soc., 18 juin 2008, n°07-40.427, inédit : *Jurisdata* n° 2008-044474...

- note sous arrêt, *Dr. soc.*, 2009.14, Legros,

Cass.com., 24 juin 2008, n°07/13.431, inédit, *Juris-data* n°2008-044616 , *BRDA* 2008, n°2, p.2.

Cass.crim., 25 février 2009, n°08-80.314, inédit,

- note sous arrêt, *Bull. Joly sociétés*, sept. 2009, Dezeuze

Cass.crim. soc. 8 déc.2009, n°09-82.183

Cass.crim. soc. 23 nov. 2010 n°09-85.152

Cass. Soc., 8 juillet 2009, n°08-41.589, inédit.

Cass.soc., 13 janv.2009, n°06-46.208, *bull.civ*, n°12, *JurisData* n°2009-046557

- note sous arrêt, *JCP.S.2009.2096*, F.Favennec-Hery
- note sous arrêt, *Dr.soc.2009*. 611, C. Radé

Cass.soc., 11 fév. 2009, n°07-44.127, inédit

Cass.soc.13 juin 2010, n°09-40.825, inédit.

Cass.Soc., 23 juin 2010, n°08-40.959, inédit.

Cass. soc., 6 octobre 2010, n°08-44.987, inédit

Cass, 19 nov.2010, n°10-10-055, inédit

Cass. soc., 17 mars 210, n°08-45.189, inédit

Cass. soc, 30 novembre 2010, n°09-42.773, inédit.

Cass.Soc., 23 juin 2010, n°08-40.959, inédit

Cass.soc., 6 janv.2010, n°08-43.683, inédit

Cass.Soc, 22 fév. 2011, n°10-30.074, inédit

- note sous arrêt, *RTD.com*, 2008.198, , B.Bouloc

- note sous arrêt, *A.J.pénal*, 2007.380, G.Royer,

note sous arrêt, *RSC*, 2008.615, , H.Matsopoulou,

Cass.soc., 3 mai 2011, n°10-14.104,*Bull civ.*n°104.

Cass.com., 15 nov.2011, n°10-15.049, *Bull.civ*, n°188 ;

- note sous arrêt, *JCP. E*, 2011, n°50.16, A. Couret, B.Dondero

- note sous arrêt, *Bull. Joly.Soc.*, 2012, §116, H. Le Nabasque,

- note sous arrêt, *Rev.sociétés*, 2012.134, L. Godon

- note sous arrêt *RTD.com*.2012.134, A. Constantin

- note sous arrêt, *D*.2012.134, T. Favario,

Cass.com., 15 nov. 2011 , n°10-15049, *Bull.civ*, n°188

Cass. soc, 13 janv. 2011, n°09-13.496, inédit.

Cass.soc., 30 nov. 2011, n°09-67.798, *bull.civ*, n°281

Cass.com, 8 nov.2011, n°10-24.438, inédit.

Cass. soc., 4 avr. 2012, n°10-18.928, inédit

Cass.soc., 31 janv.2012, n°10-24.412, *bull.civ*, n°45 : *JurisData* n°2012-001256 ;

- note sous arrêt, *Semaine sociale Lamy*, n°1525.10, F.Champeux

- note sous arrêt, *D*.2012.901, P.Lokiec,

- note sous arrêt, *D*.2012.11637, P. Lokiec,

- note sous arrêt *Rev.trav*.2012.379, G. Pignarre

- note sous arrêt, *JCP.S*, 2012.88, N. Leger,

Cass.soc., 16 oct 2013, n°12-11.971, inédit

Cass.soc.27 mars 2013, n°11-19.734, *bull.civ*, n°95 ;

- note sous arrêt, *Dr.soc.* 2013.453, B. Dabosville

- note sous arrêt, *Rev.tra*.2013.491, V. Pontif

Cass.soc., 27 mars 2013, n°11-19.734, *Bull.civ*, n°95

Cass.com., 10 déc.2013, n°11-22188, 11-22712 et 11-25432.

Cass.Com., 3 juin 2014, n°13-19.350, inédit

Cass.Crim., 17 déc. 2014, 2 arrêts, n° 14-90.042 et 14-90.043

Cass.soc., 2 juill. 2014 n°12-19.759, *bull.civ*, n°74.

Cass.com., 12 mai 2015, n°13-28.028, inédit.

Cass.crim., 4 févr. 2015, n° 14-90.04

TGI

Tribunal Civil de Pau, 20 juin 1925, les actes du congrès des experts-comptables, 1996, atelier n°3.

TGI., Paris, 29 oct.1975,

- note sous arrêt, D.1976, 53, Delmas-Marty.

TGI., Paris, 19 dec.1975,

- note sous arrêt, JCP. G, 1976,, II, 18329, A.Tunc.

TGI., Paris, 17 mars 1976,

- note sous arrêt, *JCP.II.18496*, A.Tunc ;

TGI., Paris, 12 mai 1976,

- note sous arrêt, *JCP.1976.II.18496*, A.Tunc.

TGI., Paris, 9 janv. 2004 : Juris-Data n° 2004-235751

TGI Paris 26 avril 2007, The retirement system for general Employees of the city of Miami Beach/ Vivendi ; décision confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1^{er} chambre, sect A, n°07/08359 du 24 mars 2009, inédit.

TGI., Paris, 18 avril 1979,

- note sous arrêt, JCP. G, 1980, I, 19306, Tunc ;

TGI., Paris, 26 mai 1977,

- note sous arrêt, JCP 1978, II, 174 789, Tunc

TGI., Paris, 30 mars 1979,

- note sous arrêt, JCP.G, 1980, I, 19306, Tunc.

TGI., Paris, 21 janvier 2011, n°11/03728

- note sous arrêt, *RSC* 2012.571, F.Stasia

- note sous arrêt, *Bull.Joly Bourse*, 2011, p.236, J.Casseu-capdeville

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

Abus de biens sociaux	291	Comptes infidèles	
Actes juridiques.....	247	sanction	287
externe	252	Contrat de travail.....	185
interne.....	248	COSO	165
Agences de notation.....	146	Croissance interne	116
Analyses financières	48	Délégation de pouvoir	
Analystes financiers.....	52, 98, 138, 143, 144,	fondement	267
145, 146, 147, 293		Délégation de pouvoirs	
Autonomie	183	conditions.....	268
Autorité hiérarchique	270	fiscalité.....	319
Bonne foi	206	fondement	267
Cadre.....	190	information financière.....	316
Cadre-dirigeant.....	198	Directeur financier	
Clause de non-concurrence	233	définition.....	14
Communication financière.....	139	obligation moderne.....	91
contenu	139	obligation traditionnelle.....	25
modalités de diffusion	142	responsabilité	279
Complicité		Dirigeant de fait	311
mise en oeuvre	338	Dissimulations.....	285
régime dérogatoire.....	340	Dissimulation	
Comply or explain.....	101	société en difficulté	288
Comptes annuels		Escroquerie.....	289
annexe.....	33	fidélité de l'information	36
bilan	33	contenu	37
compte de résultat.....	33	définition.....	36
définition	32	portée	37
Comptes annuels infidèles.....	285	Financement.....	124
inexactitude évaluations.....	286	Fraude fiscale	290
inexactitude formelle	286	Information confidentielle	
inexactitude matérielle.....	286	définition.....	212
Comptes consolidés.....	34	Incriminations boursières	292

Information comptable	
définition	29
enregistrement.....	29
Information confidentielle	212
protection renforcée.....	216
Information fausse ou trompeuse	
sanctions	295
Information privilégiée	
présomption de connaissance.....	325
sanctions	293
Innovation	117
Irrégularités comptables	
comptes sociaux	283
enregistrement.....	281
Le contrôle interne.....	158
Le rapport de gestion	36, 160
Le risque juridique.....	169
Les rapports semestriels.....	35
Loyauté	
définition	206
Manœuvres frauduleuses	288
Normes comptables internationales	37
Normes comptables nationales	39
Obligation	
de conseil	56
de contrôle	67
de mise en garde.....	58
de moyen renforcée	77
de moyens	45
de moyens renforcée	46
de négocier.....	131
de réserve.....	227
d'exclusivité.....	236
d'information	56
d'informer les partenaires financiers	132
obligation de non exploitation	224
Obligation	
de production	27
Obligation de confidentialité	211
Opportunités d'affaires	237
Pouvoir	
attribution	267
définition.....	245
effets	264
teneur	254
Principes comptables	
définition.....	39
une information complète.....	40
Une information pertinente	41
une information significative.....	42
une information sincère.....	42
Représentation	
définition.....	247
Responsabilité	
domaine.....	281
exécution.....	303
Résponsabilité	279
Soft law	168
Sources comptables	37
Subordination	
définition.....	189
Une information extra-financière	95

Table des matières

Liste des abréviations	9
Sommaire	11
INTRODUCTION.....	13
PARTIE I L'IDENTIFICATION DES FONCTIONS DU DIRECTEUR FINANCIER.....	25
TITRE I LES FONCTIONS TRADITIONNELLES DU DIRECTEUR FINANCIER	27
Chapitre I L'obligation de production	29
Section I L'élaboration de l'information	31
Paragraphe I Une information comptable	31
I) Le traitement de l'information comptable	31
II) Les documents comptables	33
A) Les comptes	34
1) Les comptes annuels	34
2) Les comptes consolidés	35
B) Les rapports	36
1) Les rapports semestriels	36
2) Le rapport de gestion	37
Paragraphe II Une information fidèle	38
I) Le contenu de l'obligation de fidélité	38
A) Les sources comptables	38
1) Les normes comptables internationales IAS/IFRS	39
2) Les sources nationales	41
B) Les critères de l'information fidèle	41
1) Une information complète	42
2) L'information pertinente	42
3) Une information significative	43
4) Une information sincère	43
II) La portée de l'obligation de fidélité	44
A) L'intensité de l'obligation	45
B) Le renforcement de l'obligation	46
Section II L'exploitation de l'information	49
Paragraphe I L'élaboration des analyses financières	49
I) La nature des analyses financières	49
A) L'évaluation de la situation financière	49
1) L'évaluation de la performance financière actuelle	49
2) L'évaluation de la situation financière future	51

B) L'évaluation de la pérennité de l'entreprise.....	52
II) Les modalités relatives aux analyses financières.....	52
Paragraphe II La diffusion de l'information à l'organe dirigeant.....	54
I) L'obligation d'information.....	54
A) Le périmètre de l'obligation d'information.....	55
B) Le contenu de l'obligation d'information.....	56
1) L'obligation d'information.....	57
2) L'obligation de conseil.....	57
II) L'obligation de mise en garde.....	59
A) Le contenu de l'obligation de mise en garde.....	59
1) Le fondement de l'obligation.....	59
2) Les modalités de l'obligation.....	60
B) Le droit d'alerter.....	62
Conclusion du 1 ^{er} chapitre.....	67
Chapitre II L'obligation de contrôle.....	69
Section I Une obligation de contrôle générique aux professionnels du chiffre.....	69
Paragraphe I La nature des contrôles.....	69
I) Le contrôle de la régularité de la comptabilité.....	70
A) L'obligation de contrôle de l'enregistrement des opérations.....	70
B) L'obligation de supervision.....	71
II) Le contrôle de la qualité des comptes annuels.....	75
Paragraphe II L'obligation de mettre en œuvre des procédures de contrôle.....	76
I) Le fondement de l'obligation.....	76
II) Le contenu de l'obligation.....	77
1) Le domaine de l'obligation de contrôle.....	77
2) La portée de l'obligation de contrôle.....	78
Section II Une obligation de contrôle spécifique au directeur financier.....	81
Paragraphe I La détermination de la spécificité de l'obligation.....	81
I) Le fondement de l'obligation de contrôle du directeur financier.....	81
II) L'étendue de l'obligation de contrôle du directeur financier.....	82
Paragraphe II L'articulation des obligations de contrôle.....	84
I) Les conditions de l'articulation des contrôles.....	84
A) L'articulation du contrôle de l'expert-comptable et du directeur financier.....	84
B) L'articulation du contrôle de directeur financier et du commissaire aux comptes.....	85
II) Les conditions de la collaboration.....	85
Conclusion du 2 ^{ème} chapitre.....	89
Conclusion du Titre I.....	91
TITRE II LES FONCTIONS MODERNES DU DIRECTEUR FINANCIER.....	93
Chapitre I La modernisation des obligations de production.....	95
Section I La mutation de l'information financière.....	97
Paragraphe I L'élaboration d'une information extra-financière.....	97
I) La nécessité de renforcer la fidélité de l'information financière.....	98
A) Le fondement légal.....	98
1) Les dispositions nationales.....	98

2) Les dispositions européennes	99
B) Les acteurs du développement durable	103
II) L'intégration de l'information extra-financière aux informations traditionnelles	105
A) La modification des documents comptables	105
1) Les documents comptables annuels	105
a) Le contenu des documents annuels	105
a-2 L'annexe	108
b) Les modalités des documents annuels	109
2) L'information extra-financière ponctuelle	111
B) La nécessité d'adapter la comptabilité traditionnelle à la comptabilité environnementale	113
Paragraphe II L'exploitation d'une information extra-financière	117
I) La participation du directeur financier au développement de l'entreprise	117
A) L'élaboration des analyses extra-financières	118
1) La production d'analyse nécessaire à la croissance interne	118
a) La gestion des risques endogènes liés au processus d'innovation	119
b) La gestion des risques exogènes liés au processus d'innovation	120
2) La production d'analyse nécessaire à la croissance externe	121
B) La diffusion de l'information à l'organe dirigeant	124
II) La recherche de financement	126
A) Le choix du mode de financement	127
B) Les modalités des financements	132
1) L'obligation de négocier les modalités du financement	132
2) L'obligation d'informer les partenaires financiers	133
Section II La mutation des obligations d'élaboration de l'information	134
Paragraphe I De l'élaboration à la communication de l'information financière	135
I) L'intégration de l'obligation de communication aux fonctions du directeur financier ...	135
II) Le fondement de l'obligation de communication	136
Paragraphe II Le contenu de l'obligation de diffusion de l'information financière	138
I) Les bénéficiaires de l'obligation de diffusion de l'information financière	138
II) Les modalités de diffusion de l'information financière	139
A) Une information conforme aux dispositions légales	139
1) Le contenu de la communication financière	140
2) Les modalités de diffusion de l'information financière	142
B) Une information adaptée aux professionnels du marché	144
1) Les relations du directeur financier et des analystes financiers	144
2) Les relations du directeur financier et des agences de notation	147
Conclusion du 1 ^{er} chapitre	149
Chapitre II La modernisation des obligations de contrôle	151
Section I Le fondement de l'obligation de contrôle interne	153
Paragraphe I La reconnaissance par le droit américain du rôle du directeur financier	153
Paragraphe II L'absence de reconnaissance du rôle du directeur financier par le droit français	155
Section II Le contenu de l'obligation de contrôle interne	157

<u>Paragraphe I L'élaboration d'une information concernant le contrôle interne</u>	158
<u>I) L'intégration de l'information relative au contrôle interne au sein du rapport du président</u>	158
<u>II) L'intégration de l'information relative à la gestion des risques au sein du rapport de gestion</u>	160
<u>III) L'intégration de l'information relative à la gestion des risques au sein du rapport semestriel</u>	161
<u>Paragraphe II La mise en œuvre du contrôle</u>	162
<u>I) Le contrôle de l'efficacité du contrôle interne</u>	162
<u>II) La mise en place du contrôle interne</u>	164
<u>A) Les procédures générales de contrôle interne</u>	164
<u>1) L'élaboration du contrôle interne selon les procédures définies par le référentiel COSO I</u>	164
<u>2) L'élaboration du contrôle interne selon les procédures définies par le référentiel de l'AMF</u>	166
<u>B) La gestion du risque</u>	169
<u>1) La notion du risque</u>	169
<u>2) La gestion du risque</u>	171
<u>a) L'évaluation et le traitement du risque juridique</u>	171
<u>b) L'utilisation du risque juridique comme un instrument créateur de valeur</u>	172
<u>Conclusion du 2^{ème} chapitre</u>	175
<u>Conclusion du titre II</u>	177
<u>CONCLUSION DE LA PARTIE I</u>	179
<u>PARTIE II LES MODALITES D'EXECUTION</u>	181
<u>TITRE I LE CONTRAT DE TRAVAIL : UN CONTRAT ADAPTE AUX FONCTIONS DU DIRECTEUR FINANCIER</u>	183
<u>Chapitre I L'aménagement du contrat de travail</u>	185
<u>Section I L'aménagement de la subordination traditionnelle</u>	187
<u>Paragraphe I La qualification de cadre appliquée au directeur financier traditionnel</u>	188
<u>I) La teneur de la qualification</u>	188
<u>II) La valeur de la qualification</u>	192
<u>A) Un degré d'autonomie justifiée par les fonctions de cadre</u>	192
<u>B) Un degré d'autonomie adapté aux fonctions du cadre-dirigeant</u>	193
<u>1) L'aménagement du droit de donner des directives</u>	193
<u>2) L'aménagement du contrôle</u>	195
<u>Paragraphe II La qualification de cadre-dirigeant appliquée au directeur financier moderne</u>	196
<u>I) La teneur de la qualification</u>	197
<u>II) La valeur de la qualification</u>	202
<u>A) Un degré d'autonomie justifié par les fonctions du cadre-dirigeant</u>	202
<u>B) Un degré d'autonomie adapté aux fonctions du cadre-dirigeant</u>	203
<u>Section II L'aménagement des obligations traditionnelles de loyauté</u>	203
<u>Paragraphe I Le fondement de l'obligation de loyauté renforcée</u>	204
<u>I La reconnaissance explicite de la loyauté renforcée par les législations étrangères</u>	205

II La reconnaissance implicite de la loyauté renforcée par la jurisprudence française	206
Paragraphe II Les manifestations d'une loyauté renforcée.....	208
I Une obligation de confidentialité adaptée aux fonctions du directeur financier	209
A La nature de l'information confidentielle	209
1) L'interprétation restrictive de la notion de secret d'affaires par la Commission Européenne.....	210
2) La nécessité d'adapter la définition du secret des affaires aux fonctions du directeur financier.....	212
B) L'exigence d'une protection renforcée de l'information confidentielle	213
1) L'absence de disposition légale adaptée aux fonctions du directeur financier	214
a) Une protection générale inexistante	214
b) Une protection légale spécifique inadaptée.....	214
2) La création jurisprudentielle d'une obligation confidentielle adaptée aux fonctions du directeur financier	215
a) Les conditions.....	216
b) La portée.....	222
II Une obligation de réserve adaptée aux fonctions du directeur financier.....	224
A) Une obligation de réserve renforcée justifiée par les fonctions du directeur financier	224
B) Une obligation de réserve limitée par la jurisprudence	225
III La fidélité du directeur financier renforcée.....	229
A) L'interdiction d'exercer une activité concurrente	229
1) Lors de l'exécution du contrat.....	230
a) Le contenu de l'obligation.....	230
b) Les aménagements contractuels nécessaires	233
2) Lors de l'extinction du contrat	233
B La captation des opportunités d'affaires.....	234
1) L'interdiction de capter des opportunités d'affaires réservées à la société.....	235
2) La clause de révélation du conflit d'intérêt.....	236
Conclusion du 1 ^{er} chapitre.....	239
Chapitre II les pouvoirs du directeur financier	241
Section I L'identification des pouvoirs	243
Paragraphe I Les actes juridiques	243
I Les actes juridiques internes	244
A) La nature des actes juridiques.....	244
1) Les actes juridiques essentiels à la fonction du directeur financier	245
a) Les directives	245
b) Le contrôle.....	246
c) Les sanctions.....	247
2) Les actes juridiques non essentiels à la fonction du directeur financier.....	247
B) L'étendue des actes juridiques.....	247
II Les actes juridiques externes à l'entreprise.....	248
Paragraphe II Les pouvoirs	249
D) La teneur du pouvoir de représentation	250

A) Le fondement du pouvoir de représentation	250
1) Le fondement du pouvoir de représentation vis-à-vis des salariés	250
2) Le fondement du pouvoir du directeur financier vis-à-vis des tiers	252
B) Les conditions du pouvoir	252
1) Les conditions de fond	252
a) Les conditions générales	252
b) Les conditions particulières	256
2) Les conditions de forme	258
II) Les effets de l'exercice des pouvoirs	260
Section II L'attribution des pouvoirs	263
Paragraphe I Une délégation de pouvoirs valide	263
I Le fondement de la délégation de pouvoirs	263
II) Les conditions de la délégation de pouvoirs	264
A) La compétence spécifique du directeur financier	264
B L'autorité hiérarchique du directeur financier	266
C Les moyens nécessaires à l'exécution de la fonction	266
Paragraphe II La compatibilité de la délégation de pouvoir et du statut du directeur financier	267
I La comptabilité de la délégation de pouvoirs et du contrat de travail	268
II La comptabilité de la délégation de pouvoirs et des fonctions du directeur financier	268
A) Les aspects de la délégation de pouvoir compatible avec le statut du directeur financier	268
B) Les aspects de la délégation de pouvoir incompatible avec les fonctions du directeur financier	269
Conclusion du 2 ^{ème} chapitre	271
CONCLUSION DU TITRE I	273
TITRE II LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR FINANCIER	275
Chapitre I Le domaine de la responsabilité	277
Section I Un domaine limité aux incriminations comptables	277
Paragraphe I Les irrégularités comptables	277
I Les irrégularités comptables lors de l'enregistrement	278
II Les irrégularités comptables contenues dans les comptes annuels	279
A Les omissions	279
1) Le défaut d'établissement des comptes sociaux	279
2) Le défaut de communication des comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce	280
B Les dissimulations	280
1 La dissimulation de la situation financière de la société	281
a) L'élaboration de comptes annuels infidèles	281
b) La sanction applicable	283
2) La dissimulation de la situation de financière d'une société en difficulté	283
Paragraphe II Les manœuvres frauduleuses	284
I) L'escroquerie	284
II) La fraude fiscale	286

III) L'abus de biens sociaux	286
Section II Un domaine étendu aux incriminations boursières.....	287
Paragraphe I Le comportement du directeur financier encadré par les juridictions pénales et administratives	288
I) L'utilisation de l'information privilégiée.....	289
II) La communication d'une information fausse ou trompeuse	291
Paragraphe II La condamnation de la dualité des poursuites	294
Conclusion du 1 ^{er} chapitre.....	297
<i>Chapitre II : La mise œuvre de la responsabilité.....</i>	<i>299</i>
Section I Une responsabilité limitée par celle de l'organe dirigeant	300
Paragraphe I Le directeur financier auteur.....	300
I Des qualifications limitées par les fonctions du directeur financier	300
A La qualification du directeur financier comme auteur.....	301
1) La consécration du rôle déterminant du directeur financier dans la communication litigieuse.....	303
2) L'atténuation apportée à l'implication du directeur financier	304
B Le rejet de la qualification du directeur financier comme auteur	304
II Des qualifications étendues lors du dépassement de ses fonctions.....	307
A) La qualification de dirigeant de fait.....	307
1) L'accomplissement par le directeur financier d'obligations de direction de manière indépendante.....	308
2) L'accomplissement d'acte positif de gestion	309
B) Les effets	310
Paragraphe II Le directeur financier délégataire	311
I L'inefficacité des délégations de pouvoir concernant l'information financière	311
II) L'efficacité relative des délégations de pouvoir en matière fiscale	315
A) L'efficacité constatée des délégations de pouvoirs en matière fiscale	315
B) L'efficacité contestée des délégations de pouvoirs en matière fiscale.....	316
1) L'inefficacité des délégations de pouvoirs en matière fiscale.....	316
a) L'organe dirigeant, auteur intellectuel et matériel des obligations fiscales.....	316
b) L'interprétation restrictive des délégations de pouvoirs	317
2) L'appréciation de l'efficacité de la délégation de pouvoir en fonction de la gravité des manquements	318
Section II Une responsabilité présumée par la connaissance des irrégularités.....	321
Paragraphe I La présomption de connaissance de l'information privilégiée	321
I Les conditions de la présomption de connaissance.....	322
A) La présomption de connaissance de l'information privilégiée	322
1) L'accès à une information précise	324
2) L'accès à une information confidentielle	325
3) L'accès à une information sensible de nature à influencer sur le cours.....	326
B) La présomption d'utilisation de l'information privilégiée.....	327
II Une portée limitée au regard de la jurisprudence européenne.....	330
Paragraphe II La présomption de connaissance des irrégularités comptables.....	333
I La mise en œuvre de la complicité	333

<u>II Le régime dérogatoire du droit commun de la complicité</u>	336
<u>A) L'intention déduite des fonctions</u>	336
<u>B) L'intention déduite de la négligence</u>	339
<u>Conclusion du 2^{ème} chapitre</u>	343
<u>Conclusion du Titre II</u>	345
<u>CONCLUSION DE LA PARTIE II</u>	347
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	349
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	355
<u>I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS</u>	355
<u>II ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES</u>	360
<u>III THESES</u>	372
<u>III JURISPRUDENCE</u>	373
<u>Cour d'appel</u>	373
<u>Cour cassation</u>	374
<u>TGI</u>	380
<u>INDEX ALPHABETIQUE</u>	381
<u>TABLE DES MATIERES</u>	383

Vu et permis d'imprimer,

le

Le Président de l'Université de Montpellier

Philippe AUGE

Résumé en français : Le directeur financier

Suite aux multiples crises économiques, le directeur financier est devenu un acteur majeur au sein de l'entreprise. Ses missions ont incontestablement évolué. Au départ, il exerçait des missions comptables garantissant une gestion financière efficace. Aujourd'hui, il occupe des fonctions stratégiques nécessaires au développement de l'entreprise. Cette diversité des compétences lui permet d'avoir une vision globale et transversale de l'entreprise. Malgré son rôle prépondérant, aucune étude n'a été menée concernant la détermination d'un statut juridique du directeur financier. Notre analyse a pour objectif, de clarifier la fonction du directeur financier. A partir de l'observation de la réalité, l'étude statique de ses fonctions complétée par une analyse dynamique de leur exécution, nous a permis de dégager un statut juridique commun à l'ensemble des directeurs financiers.

Mots clés : Directeur financier, statut, responsabilité, délégation de pouvoir, missions.

Titre et résumé en anglais : Chief financial officer

Following multiple economic crises, the Chief Financial Officer has become a major player within the company. Its missions have unquestionably evolved. Initially, he performed accounting missions ensuring effective financial management. Today, it occupies the strategic functions necessary to the development of the company. This diversity of skills allows him to have a global and cross-enterprise vision. Despite its leading role, no study was conducted concerning the determination of the legal status of Chief Financial Officer. Our analysis is aimed, to clarify the function of Chief Financial Officer. From the observation of the reality, the static study of its functions supplemented by dynamic analysis of their execution, allowed us to identify a legal statute to all financial managers

Keywords: chief financial officer, statut, responsibility, délégation of authority, missions

Discipline : Droit privé et sciences criminelles.

UFR Droit et Science politique – Centre du Droit de l'Entreprise
39, rue de l'Université – 34000 Montpellier – France